

# **Grensen mellom kriteriene for kvalifikasjon og tildeling ved kjøp av kompetansetjenester etter reglene om offentlige anskaffelser**



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 555  
Leveringsfrist: 26. april 2011

Til sammen 16335 ord

25.04.2011

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING.....</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Problemstillingen .....	1
1.2	Rettskildene .....	2
1.3	Disponeringen av avhandlingen .....	3
<b><u>2</u></b>	<b><u>UTGANGSPUNKTET I REGELVERKET .....</u></b>	<b><u>5</u></b>
<b><u>3</u></b>	<b><u>TIDLIGERE RETTSPRAKSIS.....</u></b>	<b><u>8</u></b>
3.1	Innledning .....	8
3.2	EU-domstolens praksis.....	8
3.2.1	Sak 31/87 Gebroeders Beentjes BV mod den Nederlandske Stat (Bentjees-dommen) .....	8
3.2.2	Sak C-324/93 The Queen mod Secretary of State for Home Department, ex parte Evans Medical Ltd og Macfarlan Smith Ltd (Evans Medical-dommen) .....	10
3.3	Norsk praksis .....	12
3.3.1	Innledning .....	12
3.3.2	KOFAs praksis .....	13
3.3.2.1	Sak 2003/59.....	13
3.3.2.2	Sak 2005/292.....	14
3.3.2.3	Sak 2007/48.....	15
3.3.3	Høyesteretts praksis - Rt. 2007 s. 1783.....	16
<b><u>4</u></b>	<b><u>LIANAKIS-DOMMEN OG ETTERFØLGENDE PRAKSIS FRA EU-DOMSTOLEN .....</u></b>	<b><u>18</u></b>
4.1	EU-sak c-532/06 Emm. G. Lianakis AE m.fl. mod Dimos Alexandroupolis m.fl. (Lianakis-dommen) .....	18
4.2	EU-sak C-199/07 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Høylenske Republik.....	23

I

<b><u>5</u></b>	<b><u>ANVENDELSE AV LIANAKIS-DOMMEN I NORSK RETT .....</u></b>	<b><u>25</u></b>
<b>5.1</b>	<b>Innledning .....</b>	<b>25</b>
<b>5.2</b>	<b>Den rettslige betydningen av EU-domstolens avgjørelser i norsk rett.....</b>	<b>25</b>
<b>5.3</b>	<b>Ordlyden i direktivet som Lianakis-dommen er avsagt på grunnlag av .....</b>	<b>28</b>
<b>5.4</b>	<b>Reelle hensyn.....</b>	<b>30</b>
5.4.1	Innledning .....	30
5.4.2	Reelle hensyn som støtter Lianakis-dommen .....	30
5.4.3	Reelle hensyn som taler for en innskrenkende tolkning av Lianakis-dommen.....	33
5.4.4	Avveining mellom de reelle hensynene .....	36
<b>5.5</b>	<b>KOFAs anvendelse av Lianakis-dommen .....</b>	<b>39</b>
5.5.1	Innledning .....	39
5.5.2	Materielle vilkår .....	40
5.5.2.1	KOFA-avgjørelse 2008/120 .....	40
5.5.3	Formelle vilkår .....	51
<b><u>6</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE .....</u></b>	<b><u>57</u></b>
<b>6.1</b>	<b>Lover og forarbeider .....</b>	<b>57</b>
<b>6.2</b>	<b>Forskrift.....</b>	<b>57</b>
<b>6.3</b>	<b>EU-direktiver .....</b>	<b>57</b>
<b>6.4</b>	<b>Domsregister .....</b>	<b>58</b>
<b>6.5</b>	<b>Avgjørelser .....</b>	<b>59</b>
<b>6.6</b>	<b>Bøker/artikler.....</b>	<b>59</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Problemstillingen

Problemstillingen jeg skal behandle i denne avhandlingen er grensen mellom kriteriene for kvalifikasjon og tildeling etter reglene om offentlige anskaffelser. Først vil jeg redegjøre for de generelle reglene som regulerer hvordan kriteriene anvendes i kvalifikasjons- og tildelingsprosessen. Deretter vil jeg behandle grensen mellom kriteriene med fokus på kjøp av kompetansetjenester. Temaet for avhandlingen skal her presiseres noe nærmere.

Det offentlige er pålagt å følge reglene om offentlige anskaffelser ved anskaffelse av varer eller tjenester når verdien av anskaffelsen er av en viss størrelse. Etter disse reglene skal anskaffelser gjennomføres etter en bestemt prosess. Hovedregelen er at det skal gjennomføres en konkurranse om anskaffelsen, hvor potensielle leverandører gis mulighet til å levere inn tilbud. I henhold til reglene kan leverandører som har levert tilbud, underlegges en kvalifikasjonsvurdering hvor det vurderes om leverandørene innehar de kvalifikasjonene som anses nødvendige for å kunne levere den ytelsen konkurransen gjelder. Etter at kvalifikasjonsvurderingen er gjennomført, tildeles kontrakten til den leverandøren som har levert det beste tilbudet. Det skal på forhånd fastsettes hvilke kriterier som skal benyttes for å vurdere henholdsvis kvalifikasjon og tildeling.<sup>1</sup>

En kompetansetjeneste er en innsatsforpliktelse som skal ytes innenfor en fastsatt ramme. Resultatet av innsatsen er ikke klart definert på forhånd, men avhenger av leverandørens innsats. Ved kjøp av kompetansetjenester vil selve kontraktsgjenstanden være en eller flere personers innsats. Et eksempel på en slik kompetansetjeneste er arkitekttjenester. Ved kjøp av slike tjenester vil kontraktsgjenstanden være arkitektens arbeidsinnsats. Arkitekten skal da produsere et sett arkitekttegninger ved bruk av sin

---

<sup>1</sup> Jf. loa. § 5(2), foa. §§ 17-4 flg., 20-1 og 22-2.

kompetanse innenfor de rammene som kontrakten fastsetter vedrørende f.eks. bygningens kostnad, størrelse, funksjon og lignende.

Det går fram av praksis hvor forholdet mellom kriteriene for kvalifikasjon og kriteriene for tildeling har vært behandlet, at regelverket har blitt tolket og anvendt på flere ulike måter. Dette gjelder særlig i relasjon til to spørsmål. For det første i relasjon til spørsmålet om hvilke kriterier som kan fastsettes som tildelingskriterier, og hvilke som kan fastsettes som kvalifikasjonskriterier. For det andre ved spørsmålet om det samme kriteriet kan vurderes både under kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen.

I denne avhandlingen vil jeg redegjøre for forholdet mellom kriteriene for kvalifikasjon og tildeling. Jeg behandler først de generelle reglene som regulerer anvendelsen av kriteriene. Deretter behandler jeg grensen mellom kriteriene i relasjon til kjøp av kompetansetjenester. Jeg behandler grensen i relasjon til slike kjøp fordi hensynene som her gjør seg gjeldende, viser problemstillingene som kan oppstå ved fastsettelsen av grensen mellom kriteriene.

## 1.2 Rettskildene

Her vil jeg redegjøre for de rettskildene som er mest relevante ved behandling av reglene om offentlige anskaffelser.

Regelverket for offentlige anskaffelser er utformet av EU, og utgjør en del av EU-retten. Offentlige anskaffelser ble i EU regulert for første gang i direktivet om offentlige bygg- og anleggskontrakter fra 1971. Senere har det blitt vedtatt regler for offentlige varekjøp og tjenestekjøp.

I Norge ble offentlige anskaffelser regulert i lovs form i samband med inngåelse av EØS-avtalen. Gjennom EØS-avtalen ble Norge forpliktet til å ta EU-regelverket inn i norsk rett. Lov om offentlige anskaffelser ble vedtatt 27. november 1992, og medførte at det ble adgang til å prøve brudd på regelverket for de alminnelige domstolene. Det gjeldende regelverket framgår av lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser (loa.) og forskrift av 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser (foa.). Innholdet i

direktiv 2004/18/EF er implementert i forskrift om offentlige anskaffelser. Etter norsk rett behandles spørsmål om offentlige anskaffelser med utgangspunkt i lov og forskrift om offentlige anskaffelser.<sup>2</sup>

Tvister om offentlige anskaffelser blir i Norge vanligvis behandlet av klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA). Nemnda er opprettet i forskrift av 15. november 2002 og har kompetanse til å avsi rådgivende uttalelser samt til å ilegge gebyr for overtredelse av regelverket for offentlige anskaffelser, jf. KOFA-forskriften § 1. KOFAs avgjørelser blir i stor grad respekter av aktørene, og tvister blir sjelden brakt inn for domstolene etter at KOFA har behandlet dem. KOFAs tolkning og anvendelse av regelverket tillegges derfor i praksis stor vekt av både det offentlige og av private aktører i Norge.

Ettersom KOFAs avgjørelser er rådgivende, kan tvister bringes inn for domstolene etter behandling i KOFA. Det finnes derfor relevant domstolspraksis, men i begrenset omfang.

Gjennom EØS-avtalen er EU-domstolens avgjørelser relevante ved tolkningen av norsk rett. Betydningen av EU-domstolens avgjørelser er et sentralt tema for avhandlingen. Dette vil bli behandlet inngående senere.

### 1.3 Disponeringen av avhandlingen

Jeg vil ta utgangspunkt i regelverket og relevant rettspraksis ved behandling av problemstillingen i avhandlingen.

Offentlige anskaffelser har lenge vært regulert i EU-retten, og senere også i norsk rett. EU-domstolen behandlet tvister om offentlige anskaffelser en rekke ganger etter at regelverket trådte i kraft. Reglene om kvalifikasjon og tildeling ble behandlet ved noen anledninger, men spørsmålet om grensdragningen mellom kriteriene ble aldri behandlet direkte av domstolen. Norske domstoler og KOFA behandlet også en del

---

<sup>2</sup> Jf. NOU 2010:2 s. 29.

saker om offentlige anskaffelser. Praksis fra EU-domstolen og Norge viste at man i utgangspunktet la til grunn at det ikke forelå adgang til å vurdere det samme forholdet både under kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen, og at det gjaldt relativt strenge vilkår for valg av kriterier. Senere utviklet dette seg i retning av en viss adgang til å vurdere det samme forholdet under begge stadiene, og mindre strenge vilkår for valg av kriterier.

I januar 2008 ble Lianakis-dommen avsagt. Her ble spørsmålet om grensedragningen mellom kriteriene behandlet direkte av EU-domstolen for første gang. Dommen fikk stor prinsipiell betydning fordi spørsmålet ble behandlet direkte. Lianakis-dommen representerte et markant brudd med den rettsutviklingen som hadde funnet sted i Norge og EU på området. Spørsmålet om hva som kan utledes av denne dommen når det gjelder kriteriene for kvalifikasjon og tildeling ved kjøp av kompetansetjenester, blir en sentral del av avhandlingen.

I avhandlingens del 2 vil jeg forklare hvordan anvendelsen av kriteriene er regulert i forskrift om offentlige anskaffelser og i direktivteksten. I del 3 vil jeg redegjøre for den relevante rettspraksisen fra tiden før Lianakis-dommen, ettersom dette tjener som bakgrunnsmateriale for Lianakis-dommen og er nødvendig for å forstå dommen. I del 4 vil jeg redegjøre for innholdet i Lianakis-dommen og EU-domstolens dom c-199/07. I del 5 vil jeg vurdere hvilke regler som kan utledes av Lianakis-dommen om kriteriene for kvalifikasjon og tildeling og grensen mellom dem. Jeg vil her også vurdere hvilke regler som må anses å gjelde i norsk rett.

Reglene om offentlige anskaffelser etter WTO-avtalen behandles ikke.

## **2 Utgangspunktet i regelverket**

Reglene om offentlige anskaffelser regulerer innkjøp som foretas av det offentlige. Innkjøpsprosessen er regulert av ulike regler avhengig av anskaffelsens verdi eller andre bestemte forhold, jf. foa. kapittel 2. I denne avhandlingen er det forutsatt at reglene i foa. del II eller III kommer til anvendelse.

Etter reglene i forskrift om offentlige anskaffelser kan oppdragsgiveren underlegge aktuelle leverandører en kvalifikasjonsvurdering, med det formål å sikre at leverandørene er i stand til å oppfylle kontrakten, jf. §§ 8-4(1)-(2) og § 17-4(1). Leverandører som ikke oppfyller disse kravene, skal avvises før tildelingen av kontrakten foretas under tildelingsvurderingen, jf. §§ 11-10(1) bokstav a og 20-12(1) bokstav a.

Verdien av anskaffelsen avgjør om reglene i forskriftens del II eller del III kommer til anvendelse. Reglene for kvalifikasjon- og tildelingsvurderingen i del II og del III er likelydende. I det følgende behandles reglene i foa. del III.

Det er naturlig å ta utgangspunkt i § 20-1 når det gjelder forholdet mellom kvalifikasjons- og tildelingsprosessen:

“Etter at kvalifikasjonene til de leverandører som ikke er avvist er vurdert i samsvar med reglene i § 17-4 til § 17-15, skal kontrakt tildeles på grunnlag av kriterier fastlagt etter § 22-2.”

Ordlyden her tilsvarer den i direktiv 2004/18/EF art. 51 nr. 1 bokstav a og b, som reglene i foa. § 20-1 er basert på.

Det følger av § 20-1 at kvalifikasjonsvurderingen og tildelingsvurderingen er prosessuelt adskilt. Dette kan utledes av ordlyden som fastslår at kvalifikasjonsvurderingen skal foretas “etter” tildelingsvurderingen. Kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen er etter dette to forskjellige prosesser, som er regulert av forskjellige regler. EU-domstolen har tolket ordlyden i bestemmelsen dit hen at de to



vurderingene kan foretas samtidig. Det anses ikke å foreligge et krav om at vurderingene foretas etter hverandre i tid.<sup>3</sup> Rettspraksis fra EU-domstolen og KOFA viser at det konsekvent legges til grunn at et slikt prosessuelt skille foreligger. Det anses derfor som en sikker regel at det foreligger et prosessuelt skille mellom kriteriene. Derfor er det forutsatt at prosessene er adskilt dersom det ikke er kommentert ved behandlingen av rettspraksis.

Kvalifikasjonsvurderingen er regulert i § 17-4 flg. I henhold til reglene her er dette en vurdering av leverandørenes evne til å oppfylle kontraktsforpliktelsene. Denne evnen kan vurderes ved at det oppstilles minstekrav og kriterier som leverandørene vurderes i forhold til. Utfallet av vurderingen blir at leverandøren enten betraktes som kvalifisert eller ikke-kvalifisert. Ikke-kvalifiserte leverandører avvises fra konkurransen, jf. § 20-1. Dette er således en terskelvurdering som leverandørene må bestå for å kunne ta del i konkurransen. Under avvisningsspørsmålet kan det ikke foretas en gradert vurdering. Dersom det er fastsatt en øvre grense for antall deltakere etter § 17-6, vil det derimot være adgang til å foreta en gradert vurdering. Jeg vil her ikke foreta noen nærmere behandling av reglene som gjelder dersom det er satt en grense for antall deltakere.

Tildelingsvurderingen er regulert i § 22-2. Etter bestemmelsene her skal de foreliggende tilbudene underlegges en gradert vurdering i den hensikt å identifisere det mest fordelaktige tilbudet. Bestemmelsen åpner for at formålet med vurderingen enten kan være å finne tilbudet med lavest pris, eller det tilbudet som etter en mer helhetlig vurdering anses å være økonomisk mest fordelaktig. Utfallet av vurderingen blir da en rangering av de foreliggende tilbudene etter hvor fordelaktige de er. Tildelingen av kontrakten skal skje til den leverandøren som på grunnlag av denne rangeringen anses å ha levert det beste tilbudet.

Hovedproblemstillingen i avhandlingen er hvilke kriterier kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen kan foretas på grunnlag av. Spørsmålet er nærmere bestemt om de kriteriene som kan anvendes i den ene eller den andre vurderingen, etter sin art er forskjellige. Det er derfor nødvendig å vurdere om kvalifikasjonsvurderingen bare kan

---

<sup>3</sup> Jf. Lianakis-dommen avsnitt 26.

foretas på grunnlag av en viss type kriterier som er spesielle etter sitt innhold, og om tildelingsvurderingen bare kan foretas på grunnlag av en annen type kriterier. Det motsatte alternativet vil være at en fritt kan fastsette hvilke kriterier vurderingene skal foretas på grunnlag av, så lenge de forteller noe om det som er gjenstand for vurdering.

Den første problemstillingen kan illustreres med et eksempel der tildelingskriteriet “økonomisk mest fordelaktige tilbud” er valgt i en konkurranse, jf. § 22-2. Spørsmålet her er hvilke kriterier som kan anvendes for å vurdere hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige.

Hvorvidt forskriften regulerer dette spørsmålet, må vurderes på bakgrunn av §§ 17-4 og § 22-2. Det følger av § 17-4(1) at kvalifikasjonsvurderingen skal være rettet mot leverandørene. I bestemmelsen listes det opp eksempler på forhold som kan vurderes i denne sammenhengen. Av § 22-2 følger det at tildelingsvurderingen skal være rettet mot tilbudet. Av ordlyden følger det også her eksempler på kriterier som kan vurderes. Det følger altså av §§ 17-4 og 22-2 hvilket formål de ulike vurderingene skal ivareta. Kriteriene som fastsettes, skal være egnet til å vurdere de ulike formålene. Dette medfører at kvalifikasjonskriteriene som anvendes, skal være egnet til å “sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene...”, jf. § 17-4(2). Tilsvarende gjelder for tildelingskriteriene, slik at det skal “benyttes kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden”, dersom tildelingskriteriet “økonomisk mest fordelaktige tilbud” er valgt, jf. § 22-2(2)(1). Det følger dermed av forskriften at det foreligger materielle krav til kriteriene som anvendes.

Bestemmelsene nevnt ovenfor regulerer ikke uttømmende hvilke kriterier som kan legges til grunn ved vurderingene. Det følger av ordlyden at vurderingene kan baseres på andre kriterier enn de som er opplistet. Spørsmålet er hvor strengt kravene som følger av §§ 17-4 og 22-2 skal tolkes. Dette spørsmålet er ikke uttrykkelig regulert i forskriften.

Det neste spørsmålet er om det foreligger adgang til å vurdere det samme forholdet under både kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen. Dette spørsmålet er ikke direkte

regulert i forskriftens bestemmelser, og det kan derfor ikke utledes noe om spørsmålet her.

### **3 Tidligere rettspraksis**

#### **3.1 Innledning**

Her vil jeg redegjøre for rettspraksis som behandlet spørsmålet om hvilke regler som gjelder ved fastsettelse av kriteriene for kvalifikasjon og tildeling. Formålet er å vise den utviklingen som har skjedd ved anvendelsen av regelverket. Jeg behandler først EU-domstolens praksis og deretter norsk praksis.

#### **3.2 EU-domstolens praksis**

##### **3.2.1 Sak 31/87 Gebroeders Beentjes BV mod den Nederlandske Stat (Bentjees-dommen)**

Denne saken ble brakt inn for domstolene av en leverandør som hadde avgitt tilbud i en konkurranse som ble gjennomført i henhold til EU-reglene om offentlig inngåelse av bygge- og anleggskontrakter av 1971. Leverandøren ble ikke tildelt kontrakten på tross av at vedkommende hadde levert tilbudet med lavest pris. Denne parten anførte at tildelingen var i strid med regelverket, og reiste sak for EU-domstolen. Spørsmål nr. to i dommen er relevant for avhandlingen.

Spørsmålet gjelder reglene i direktiv 71/305/EF. Reglene er videreført med tilpasninger i direktiv 92/50/EF. Disse er igjen videreført i direktiv 2004/18/EF, jf. fortalen avsnitt 1. Domstolens uttalelser om reglene i direktiv 71/305/EF vil derfor være relevante ved tolkning av nyere bestemmelser. Dette gjelder følgelig også for forskrift om offentlige anskaffelser, som implementerer direktiv 2004/18/EF.

Ved behandlingen av spørsmål nr. to, tar domstolen først stilling til det prosessuelle forholdet mellom kriteriene for kvalifikasjon og tildeling. På grunnlag av direktivets

struktur, slår domstolen fast at kvalifikasjonsvurderingen og tildelingen er to forskjellige prosesser som er regulert av forskjellige regler. Domstolens uttalelser er av prinsipiell karakter, og uttalelsen tjener derfor som argument for at det foreligger et prosessuelt skille mellom kriteriene for kvalifikasjon og tildeling.<sup>4</sup>

Domstolen behandler deretter de materielle reglene som regulerer kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen. På bakgrunn av direktivets art. 20 og 25-28 slår domstolen fast at formålet med kvalifikasjonsvurderingen er å vurdere leverandørens egnethet, og at dette skal foretas på grunnlag av kriterier relatert til leverandørens evner, nærmere bestemt kriteriene økonomisk, finansiell og teknisk kapasitet.<sup>5</sup> Videre legger domstolen til grunn at formålet med tildelingsvurderingen er å identifisere tilbudet med *lavest pris* eller det *økonomisk mest fordelaktige tilbudet*. Dersom det *økonomisk mest fordelaktige tilbud* er valgt som tildelingskriterium, kan dette etter art. 29 bare vurderes på grunnlag av kriterier som har til formål å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.<sup>6</sup> Uttalelsene er av prinsipiell karakter. Domstolen anser derfor disse vilkårene for å gjelde som materielle krav ved fastsettelsen av kvalifikasjons- og tildelingskriteriene.

I dommen behandles ikke spørsmålet om hvorvidt det er adgang til å vurdere det samme forholdet under begge vurderingene. Det er heller ikke uttalt noe om hvorvidt et kriterium er utelukket fra å anvendes som tildelingskriterium, dersom det oppfyller de materielle vilkårene for å kunne anvendes som kvalifikasjonskriterium.

Bentjees-dommen legger altså til grunn at det foreligger et prosessuelt skille mellom kriteriene for kvalifikasjon og tildeling. Det følger også av dommen at kvalifikasjons- og tildelingskriteriene skal oppfylle visse materielle krav. Bentjees-dommen regulerer derimot ikke spørsmålet om det må skilles mellom kriteriene som anvendes i henholdsvis kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen, og heller ikke hvorvidt kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen kan foretas på grunnlag av de samme kriteriene.

---

<sup>4</sup> Jf. Bentjees-dommen avsnitt 15-16.

<sup>5</sup> Jf. Bentjees-dommen avsnitt 17.

<sup>6</sup> Jf. Bentjees-dommen avsnitt 19.

### 3.2.2 Sak C-324/93 The Queen mod Secretary of State for Home Department, ex parte Evans Medical Ltd og Macfarlan Smith Ltd (Evans Medical-dommen)

Tvisten gjelder spørsmålet om leveringssikkerhet kan anvendes som tildelingskriterium ved tildeling av kontrakt om import av narkotiske råvarer til produksjon av medisin.

Spørsmål nr. to som reises i saken er relevant for avhandlingen.

Innledningsvis vurderer domstolen hvordan adgangen til fastsettelse av tildelingskriterier er regulert etter direktivteksten og Bentjees-dommen. Den utleder at oppdragsgiver står fritt i å velge tildelingskriterier så lenge kriteriene har til formål å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Dette anses å gjelde som et materielt krav. Domstolen støtter Bentjees-dommen på dette punktet.<sup>7</sup>

På bakgrunn av dette vilkåret vurderer domstolen det slik at leveringssikkerhet kan fastsettes som kriterium for tildeling, ettersom kriteriet anses å ha som formål å fastslå hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige.<sup>8</sup> Domstolen går ikke nærmere inn på hvordan den kommer fram til denne slutningen.

I utgangspunktet anses leveringssikkerhet å være et kriterium for vurdering av leverandørens kvalifikasjoner. Dette fordi graden av leveringssikkerhet avhenger av leverandørens kompetanse og kapasitet, og disse kriteriene er angitt som kriterier for vurdering av leverandørens egnethet i dommens avsnitt 17. Når domstolen kommer til det resultatet at leveringssikkerhet kan anvendes som tildelingskriterium, innebærer det at domstolen anser kriteriet for også å ha som formål å identifisere tilbudets fordelaktighet. Av dette kan det utledes at domstolen anser et kriterium for både å kunne være relatert til vurderingen av leverandørens kompetanse og tilbudets fordelaktighet.

---

<sup>7</sup> Jf. Evans Medical-dommen avsnitt 40-43.

<sup>8</sup> Jf. Evans Medical-dommen avsnitt 42 og 44.

Domstolen presiserer at leveringssikkerhet er et gyldig tildelingskriterium når kontraktsgjenstanden er av tilsvarende art som i saken her.<sup>9</sup> Det framgår ikke hvilke spesielle hensyn som her er vektlagt av domstolen. På grunnlag av dette er det usikkert om dommen tjener som argument for at leveringssikkerhet kan anvendes som tildelingskriterium dersom faktum er annerledes. Domstolens uttalelse om at leveringssikkerhet er et gyldig tildelingskriterium, har derfor en begrenset prinsipiell rekkevidde.

Videre uttaler domstolen at leverandørens evne til å implementere sikkerhetstiltak kan anvendes som et tildelingskriterium. Evnen til å implementere sikkerhetstiltak er et forhold relatert til leverandørens kompetanse. Dette kriteriet er dermed enda et eksempel på at domstolen tillater at et kriterium relatert til leverandørens kvalifikasjoner, vurderes under tildelingsvurderingen. Domstolens uttalelse er begrunnet i det spesielle behovet for sikkerhetstiltak som gjør seg gjeldende i denne saken. Uttalelsene på dette punktet har derfor en begrenset prinsipiell betydning.<sup>10</sup>

I saken behandles ikke spørsmålet om det samme forholdet kan vurderes både under kvalifikasjonsvurderingen og tildelingsvurderingen. Ettersom dommen ikke redegjør for kvalifikasjonskriteriene som har vært anvendt, kan det ikke vurderes om kriteriet leveringssikkerhet har blitt behandlet flere steder.<sup>11</sup>

Etter dette kan det utledes at det foreligger ulike materielle vilkår som kvalifikasjons- og tildelingskriteriene må oppfylle. Evans Medical-dommen støtter Bentjees-dommen på dette punktet. Domstolen legger til grunn at det samme kriteriet kan oppfylle de materielle vilkårene som gjelder for både kvalifikasjons- og tildelingskriterier.

---

<sup>9</sup> Jf. Evans Medical-dommen avsnitt 44.

<sup>10</sup> Jf. Evans Medical-dommen avsnitt 49.

<sup>11</sup> Jf. Evans Medical-dommen avsnitt 44.

### 3.3 Norsk praksis

#### 3.3.1 Innledning

I norsk rett blir tvister som gjelder regelverket for offentlige anskaffelser vanligvis brakt inn for og behandlet av KOFA. KOFA's rådgivende avgjørelser blir i stor grad respektert av aktørene. Som en følge av dette har mesteparten av rettsutviklingen innen offentlige anskaffelser, skjedd gjennom KOFA's avgjørelser etter at klagenemnda ble opprettet i 2002. Jeg legger derfor vekt på KOFA's praksis i framstillingen her.

Underrettsdommer vil ikke bli behandlet selvstendig, ettersom de som finnes ikke tilfører noe nytt utover det som følger av KOFA's avgjørelser. Et eksempel på en slik relevant avgjørelse er Stavanger Tingretts kjennelse av 31. mars 2010 nr. 52519.

Det foreligger en rekke relevante avgjørelser i KOFA samt én avgjørelse i Høyesterett, Rt. 2007 s. 1783, som behandler reglene om kriteriene for kvalifikasjon og tildeling etter regelverket i tiden forut for Lianakis-dommen. Disse avgjørelsene skal jeg redegjøre for her. Etter alminnelige norsk rettskildelære har dommen i Høyesterett en helt annen vekt enn en avgjørelse i KOFA. Dette er en følge av prejudikatslæren, som medfører at rettsanvendere i Norge nesten alltid retter seg etter Høyesteretts avgjørelser. Fordi Rt. 2007 s. 1783 i stor grad bygger på den forutgående rettsutviklingen i KOFA's avgjørelser, vil KOFA's praksis likevel behandles først.

Avgjørelsene utgjør et representativt utvalg av KOFA's praksis. Det framgår av avgjørelsene at det har skjedd en utvikling i behandlingen av reglene om kvalifikasjon og tildeling. I utgangspunktet praktiserte KOFA reglene slik at det ikke var adgang til å vurdere det samme kriteriet under både kvalifikasjons- og tildelingsfasen.

Kvalifikasjonsvurderingen ble foretatt på grunnlag av andre kriterier enn tildelingsvurderingen. Det var tydelig at det samme forholdet ikke kunne vurderes begge steder. Deretter utviklet praksisen seg i retning av en mindre streng regel, slik at det etter hvert ble en vid adgang til å vektlegge samme forhold under begge vurderingene. Denne mindre strenge praksisen ble lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 2007 s. 1783.

I det følgende vil jeg redegjøre nærmere for den norske praksisen.

### 3.3.2 KOFAs praksis

#### 3.3.2.1 Sak 2003/59

Twisten i denne saken gjaldt bl.a. lovligheten av de anvendte tildelingskriteriene ved gjennomføringen av en konkurranse om anskaffelse av prosjekteringsledelse, samt arkitekt- og rådgivningstjenester i forbindelse med planleggingen av et nytt skolebygg.

Twisten ble behandlet på grunnlag av forskrift om offentlige anskaffelser av 2001 § 10-2, som innholdsmessig svarer til forskriften av 2006 § 13-2.

Nemnda tar utgangspunkt i at forskriften gir oppdragsgiver en viss frihet til å velge tildelingskriterier. På grunnlag av praksis fra EU-domstolen samt en av nemndas egne avgjørelser, legger nemnda til grunn at det foreligger visse materielle krav som de fastsatte tildelingskriteriene må oppfylle. Tildelingskriteriene skal være tilknyttet kontraktens gjenstand og dessuten være relevante for vurderingen av tilbudets verdi. På dette punktet samsvarer KOFAs uttalelse med det som følger av Bentjees-dommen.<sup>12</sup>

Nemnda vurderer deretter de fastsatte tildelingskriteriene opp mot disse vilkårene. Den kommer til det resultatet at kriterium nr. 1, 3, 4, 5, 6, og 8 ikke oppfyller de materielle kravene. Dette begrunnes med at kriteriene “mangler den nødvendige tilknytningen til kontraktens gjenstand, og heller ikke relaterer seg til tilbudets verdi.”<sup>13</sup>

Nemnda legger her til grunn at det kreves en viss styrke på tilknytning til kontraktsgjenstanden og en viss relevans for tilbudets verdi, før de materielle vilkårene kan anses å være oppfylt. Disse reglene vil dermed være til hinder for at kriterier tilknyttet leverandøren anvendes under tildelingsvurderingen. Det medfører et skille

---

<sup>12</sup> Jf. KOFA-sak 2003/59 “Klagenemndas vurdering”, avsnitt 7.

<sup>13</sup> Jf. KOFA-sak 2003/59 “Klagenemndas vurdering”, avsnitt 8.



mellom kriterier som etter sin art kan anvendes som kvalifikasjonskriterier, og kriterier som kan anvendes som tildelingskriterier.

Ved vurderingen av tildelingskriterium nr. 7, “kompetanse/referanse tilbudt personell”, kommer nemnda til at kriteriet oppfyller de materielle vilkårene for å kunne anvendes som et tildelingskriterium. Begrunnelsen er at nemnda anser kriteriet for å være tilknyttet kontraktens gjenstand. Kriteriet “kompetansen til tilbudt personell” er utvilsomt et forhold ved leverandøren. Kriteriet er derfor i utgangspunktet et gyldig kvalifikasjonskriterium etter foa. 2001 § 5-5, som tilsvarer foa. 2006 § 8-4. Når nemnda kommer til at kriteriet også er et gyldig tildelingskriterium, tyder det på at nemnda anser kriteriet for å ha tilstrekkelig tilknytning til tilbudet. Av dette kan det utledes at nemnda anser visse kriterier for å kunne oppfylle vilkårene for å anvendes både som kvalifikasjons- og tildelingskriterier.<sup>14</sup>

Hvorvidt det er adgang til å behandle det samme spørsmålet under både kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen, er ikke behandlet i saken.

### 3.3.2.2 Sak 2005/292

Denne tvisten gjaldt påstått dobbeltbehandling av kriterier i en anbudskonkurranse om ombygging av to ferjekaier. I saken ble det reist spørsmål om forståelsen av forskrift om offentlige anskaffelser 2001 §§ 15-2 jf. 17-2.

I avgjørelsen kommer nemnda til at oppdragsgiver er forhindret fra å vurdere det samme kriteriet under både kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen. Dette hjemles i forskriftens § 15-2 som tilsvarer § 11-1 i forskriften av 2006, og legges til grunn som et generelt krav. Dette innebærer at samme vurderingsgjenstand ikke kan vurderes under både kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Jf. KOFA-sak 2003/59 “Klagenemndas vurdering”, avsnitt 10.

<sup>15</sup> Jf. KOFA-sak 2005/292 avsnitt 30.

Deretter behandler nemnda reglene som regulerer fastsettelsen av kriterier. Den anfører at kriteriene må oppfylle visse materielle vilkår. På grunnlag av bl.a. Bentjees-dommen legges det til grunn at kvalifikasjonskriterier skal være relatert til leverandøren, og at tildelingskriterier må være relatert til tilbudet. Nemnda vurderer ikke om kriteriene i saken her er oppfylt, og sier heller ikke hvor strenge kravene er. Det foreligger derfor ikke grunnlag for å vurdere om nemnda legger til grunn en like streng regel for fastsettelse av kriterier som i sak 2003/59.<sup>16</sup>

### 3.3.2.3 Sak 2007/48

I denne saken var tvisten tilknyttet en gjennomført anbudskonkurranse for kjøp av prosjektadministrative tjenester for et barne- og ungdomssenter, samt et bygg for psykiatri. Klageren anførte at de samme kriteriene var vektlagt under både kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen. Saken ble behandlet etter reglene i forskrift om offentlige anskaffelser av 2006.

Nemnda legger til grunn at det er uproblematisk at et kriterium kalt kompetanse behandles under begge vurderingsstadiene, dersom vurderingen faktisk er ulik. Nemnda legger til grunn som vilkår for valg av kriterier at vurderingen på kvalifikasjonsstadiet skal være rettet mot tilbyderen, og at vurderingen på tildelingsstadiet skal være rettet mot tilbudet.<sup>17</sup> Vilkåret som nemnda legger til grunn er knyttet til det materielle innholdet i kriteriet. Dette kravet er det samme som framgår av KOFA-sak 2005/292.

Nemnda foretar deretter en vurdering av om det samme forholdet har blitt vurdert under både kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen. Den legger til grunn at vurderingsgjenstanden under kvalifikasjonskriteriet “kompetanse”, bl.a. er personell og deres kompetanse. Gjenstand for vurdering under tildelingskriteriet “kompetanse” er “CV på aktuelle prosjektmedarbeidere”. Det angis her at det vil “bli lagt avgjørende

---

<sup>16</sup> Jf. KOFA-sak 2005/292 avsnitt 30.

<sup>17</sup> Jf. KOFA-sak 2007/48 avsnitt 18-19.

vekt på at aktuelle nøkkelfunksjoner er bemannet med personale med god kompetanse på denne typen prosjekteringsoppdrag.”<sup>18</sup>

Det framgår at personellet relevante utdanning vil være gjenstand for vurdering både under kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen. Nemnda konkluderer med at denne doble behandlingen av personellet utdanning, er i samsvar med regelverket. Av dette kan det utledes at nemnda tillater at samme forhold vurderes under både kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen.

Ved å legge til grunn at det samme kriteriet kan vurderes begge steder, går nemnda bort fra regelen som KOFA oppstilte i sak 2005/292 avsnitt 30. I den saken uttalte nemnda at samme forhold ikke kunne vurderes på begge stadiene.

KOFA peker på at konkurransegrunnlaget i saken synliggjør at vurderingsgjenstanden er forskjellig, og at forskjellen også har blitt synliggjort i senere korrespondanse. Det er usikkert om nemnda med dette oppstiller formelle krav til synliggjøring av forskjellen i vurderingsgjenstand dersom samme kriterium anvendes under begge vurderingene. Nemnda nevner ikke hva konsekvensen kunne vært dersom forskjellen ikke hadde blitt synliggjort. Det kan derfor ikke anføres at nemnda oppstiller formelle krav til behandlingen av kriteriene.<sup>19</sup>

### 3.3.3 Høyesteretts praksis - Rt. 2007 s. 1783

I denne dommen tar Høyesterett stilling til spørsmålet om leveringssikkerhet kan anvendes som tildelingskriterium, og til spørsmålet om det er adgang til å vurdere det samme kriteriet under både tildelings- og kvalifikasjonsvurderingen.

Retten behandler det første spørsmålet med utgangspunkt i reglene om tildelingskriterier som følger av foa. § 13-2.<sup>20</sup> Den legger til grunn at det følger et

---

<sup>18</sup> Jf. KOFA-sak 2007/48 avsnitt 2 på s. 4.

<sup>19</sup> Jf. KOFA-sak 2007/48 avsnitt 18-19.

<sup>20</sup> Jf. Rt. 2007 s. 1783 avsnitt 30-33.

materielt krav av denne bestemmelsen, som sier at tildelingskriteriet skal være relatert til kontraktens gjenstand. Deretter vurderer retten det slik at det anvendte kriteriet *leveringssikkerhet* ”åpenbart ... er knyttet til kontraktens gjenstand.”<sup>21</sup>

Retten vurderer videre om det foreligger et materielt vilkår som krever at tildelingskriteriet må være egnet til å peke ut det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. På grunnlag av tidligere EU-praksis, sak C-513/99 og Evans Medical-dommen, slår retten fast at det ikke foreligger et slikt vilkår. Retten kommer til at det ved fastsettelsen av tildelingskriteriene, “må være tillatt for oppdragsgiver å ta hensyn også til innbyggernes velferd og behov i bredere forstand”, og at det derfor er adgang til å anvende kriterier som ikke er egnet til å vurdere tilbudets økonomiske fordelaktighet.<sup>22</sup> Retten legger til grunn at kriteriet må være tilknyttet kontraktens gjenstand for å kunne velges som tildelingskriterium.<sup>23</sup>

Kriteriet *leveringssikkerhet* må hovedsakelig anses å være relatert til leverandøren og egenskaper ved denne, ettersom graden av leveringssikkerhet er avhengig av de enkeltfaktorene ved leverandøren som virker inn på evnen til å oppfylle kontrakten. En vurdering av leveringssikkerhet vil derfor i stor grad være en vurdering av forhold ved leverandøren. I dommen her kommer retten til at kriteriet er tilknyttet kontraktsgjenstanden. Tilknytningskravet som retten stiller opp her er ikke strengt, slik at graden av tilknytning som kreves ikke er spesielt stor.

Deretter vurderer retten spørsmålet om det er adgang til å vurdere det samme forholdet under både tildelings- og kvalifikasjonsvurderingen.

Retten sier uttrykkelig at tildelingsvurderingen kan foretas på grunnlag av de samme momentene som har vært vurdert under kvalifikasjonsfasen, forutsatt at momentene som vurderes er relevante for vurderingen av tildelingskriteriene. Det følger klart av dommens ordlyd at det er adgang til å vurdere det samme forholdet begge steder. Dette

---

<sup>21</sup> Jf. Rt. 2007 s. 1783 avsnitt 33.

<sup>22</sup> Jf. Rt. 2007 s. 1783 avsnitt 35-38.

<sup>23</sup> Jf. Rt. 2007 s. 1783 avsnitt 31.

fraviker prinsippet som ble oppstilt i KOFA-sak 2003/59 og 2005/292.<sup>24</sup> Der ble det lagt til grunn at kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen måtte foretas på grunnlag av forskjellige kriterier. Høyesteretts avgjørelser bygger på og går noe lenger enn KOFA-sak 2007/48. I denne saken godtok nemnda en viss adgang til å vurdere samme forhold under begge vurderingsstadiene.

For å oppsummere avgjørelse i denne saken, så fastslår Høyesterett at det foreligger en vid adgang til å velge hvilke tildelingskriterier som skal anvendes i saken. Det er også adgang til å legge vekt på det samme forholdet under både kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen.

#### **4 Lianakis-dommen og etterfølgende praksis fra EU-domstolen**

##### **4.1 EU-sak c-532/06 Emm. G. Lianakis AE m.fl. mod Dimos Alexandroupolis m.fl. (Lianakis-dommen)**

Lianakis-dommen ble avsagt 24. januar 2008, og var den første saken hvor EU-domstolen behandlet grensen mellom kriteriene for kvalifikasjon og tildeling direkte.

Saken ble brakt inn for retten på grunn av en tvist mellom partene i samband med at et offentlig organ gjennomførte en konkurranse om utførelsen av et prosjekt i henhold til direktiv 92/50/EF. Parten som gikk til sak var en leverandør som leverte tilbud i konkurransen. Etter at konkurransen var startet ved kunngjøring, fastsatte oppdragsgiver avveiningskriterier og underkriterier i tillegg til tildelingskriteriene som framgikk av kunngjøringen. Parten Lianakis anførte at det ikke var adgang til å anvende disse senere fastsatte vektleggingskriteriene. Videre mente parten at tildelingen av kontrakten skjedde på grunnlag av disse kriteriene, som var fastsatt etter at konkurransen var åpnet, og at tildelingen derfor var ulovlig. Spørsmålet for EU-domstolen var om det er adgang til å anvende vektleggingskriterier under tildelingsvurderingen dersom disse kriteriene ikke framgår av kunngjøringen. For å kunne besvare dette spørsmålet, tok retten opp

---

<sup>24</sup> Jf. Rt. 2007 s. 1783 avsnitt 41

spørsmålet om hvilke regler som regulerer forholdet mellom kriteriene for kvalifikasjon og tildeling ex officio.<sup>25</sup> Dette spørsmålet er i kjerneområdet til problemstillingen i avhandlingen, og EU-domstolens behandling av spørsmålet er derfor relevant.

Retten behandler spørsmålet på grunnlag av direktiv 92/50/EF. Som tidligere nevnt er bestemmelsene videreført i direktiv 2004/18/EF, som er implementert i norsk rett gjennom forskrift om offentlige anskaffelser. Lianakis-dommen er derfor relevant ved tolkningen av norsk rett i henhold til EØS-avtalen art. 6.

I avsnitt 25 fastslår retten hvilke bestemmelser som regulerer anskaffelsesprosessen:

“Det bemærkes i denne henseende, at det i artikel 23, stk. 1, i direktiv 92/50 er fastsat, at ordrer tildeles på grundlag af kriterierne i artikel 36 og 37 og under overholdelse af direktivets artikel 24, efter at kvalifikationerne hos de tjenesteydere, der ikke er udelukket i henhold til direktivets artikel 29, er efterprøvet af de ordregivende myndigheder i overensstemmelse med kriterierne i artikel 31 og 32.”

Her legger den til grunn at det foreligger et prosessuelt skille mellom kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen.

Retten redegjør deretter for innholdet i de enkelte bestemmelsene i direktivet som regulerer fastsettelsen av kriterier for kvalifikasjon og tildeling. I avsnitt 27 behandles art. 31 og 32:

“Efterprøvningen af tilbudsgivernes kvalifikationer foretages af de ordregivende myndigheder i overensstemmelse med kriterierne for økonomisk, finansiell og teknisk kapacitet (såkaldte »kriterier for kvalitativ udvælgelse«) som anført i nævnte direktivs artikel 31 og 32 (jf. for så vidt angår offentlige bygge- og anlægskontrakter Beentjes-dommen, præmis 17).”

---

<sup>25</sup> Jf. Lianakis-dommen avsnitt 22.

Retten legger til grunn at kvalifikasjonskriteriene som fastsettes, skal oppfylle de vilkårene som følger av art. 31-32 i dir. 92/50 om kriterier for vurdering av leverandørens økonomisk stilling og tekniske kapasitet. Formålet med vurderingen er å vurdere leverandørens kvalifikasjoner.

Retten redegjør deretter for reglene om tildelingskriterier i avsnitt 28:

“Derimod finder tildelingen af ordren sted på grundlag af de kriterier, der er opregnet i samme direktivs artikel 36, stk. 1, dvs. den laveste pris eller det økonomisk mest fordelagtige bud (jf. i denne retning for så vidt angår offentlige bygge- og anlægskontrakter Beentjes-dommen, præmis 18)”

Det legges til grunn at tildelingen i henhold til art. 36(1) skal skje på grunnlag av enten kriteriet *lavest pris* eller kriteriet *økonomisk mest fordelaktige tilbud*. Etter å ha slått fast dette, behandler retten innholdet i art. 36(1)<sup>26</sup>:

“Selv om det er korrekt, at de kriterier, som kan anvendes af de ordregivende myndigheder, ikke udtømmende er opregnet i artikel 36, stk. 1, i direktiv 92/50, og at denne bestemmelse overlader det til de ordregivende myndigheder at vælge, hvilke kriterier for tildeling af kontrakten de vil anvende, kan de dog kun vælge kriterier, som har til formål at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud (jf. i denne retning for så vidt angår offentlige bygge- og anlægskontrakter Beentjes-dommen, præmis 19, dom af 18.10.2001, sag C-19/00, SIAC Construction, Sml. I. s. 7725, præmis 35 og 36, og for så vidt angår offentlige tjenesteydelsesaftaler, dom af 17.9.2002, sag C-513/99, Concordia Bus Finland, Sml. I. s. 7213, præmis 54 og 59, samt af 19.6.2003, sag C-315/01, GAT, Sml. I. s. 6351, præmis 63 og 64)”

Med utgangspunkt i bestemmelsens ordlyd innfortolker retten at kriteriene som tildelingsvurderingen skal foretas på grunnlag av, må ha som formål å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Retten oppstiller dermed en regel som sier at et

---

<sup>26</sup> Jf. Lianakis-dommen avsnitt 29.

mulig kriterium skal underlegges en formålsvurdering, og denne vurderingen avgjør om kriteriet kan oppstilles som tildelingskriterium. Motsetningsvis kan et kriterium ikke anvendes som tildelingskriterium dersom det ikke har som formål å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Retten viser her til Bentjees-dommen art. 19, hvor det samme formålskravet kommer til uttrykk.

Deretter gjør retten rede for reglene om fastsettelse av kvalifikasjonskriterier i relasjon til reglene om tildelingskriterier.

“Derfor er de kriterier, der ikke har til formål at identificere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, ikke omfattet af »kriterier for tildeling af ordren«, men er i stedet grundlæggende forbundet med bedømmelsen af tilbudsgivernes evne til at gennemføre den omhandlede kontrakt.”<sup>27</sup>

Her legger retten til grunn at kriterier som ikke anses å ha som formål å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, anses å være relatert til leverandørens evne til å oppfylle kontrakten. Disse kriteriene kan derfor ikke anvendes som tildelingskriterier, og må i stedet brukes som kvalifikasjonskriterier. Domstolen gir ikke uttrykk for at andre rettskildefaktorer enn art. 36(1) anvendes, og det må derfor legges til grunn at regelen hjemles i art. 36(1), jf. avsnitt 29.

Etter å ha slått fast hvilke regler som gjelder, foretar retten en vurdering av om tildelingskriteriene som har blitt lagt til grunn i denne saken, oppfyller de vilkårene som foreligger. Tildelingskriteriene som var anvendt i saken framgår av avsnitt 10:

“for det første, ekspertens påviste erfaring med undersøgelser, som denne har gjennomført inden for de seneste tre år, for det andet, konsulentfirmaets personale og udstyr og, for det tredje, evnen til at gennemføre undersøgelsen inden for den fastsatte tid, sammenholdt med konsulentfirmaets indgåede forpligtelser og dets videnskabelige potentiale.”

---

<sup>27</sup> Jf. Lianakis-dommen avsnitt 30.



I avsnitt 31 vurderer retten om disse tildelingskriteriene oppfyller vilkårene:

“I hovedsagen vedrører de kriterier, der er fastsat af den ordregivende myndighed som »kriterier for tildeling af ordren«, imidlertid principielt den erfaring, de kvalifikationer og de midler, der kan sikre en tilfredsstillende gennemførelse af den omhandlede kontrakt. Det drejer sig om kriterier, der vedrører tilbudsgivernes evne til at gennemføre denne kontrakt, og som derfor ikke kan kvalificeres som »kriterier for tildeling af ordren« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 36, stk. 1, i direktiv 92/50.”

Retten kommer til at kriteriene som ble anvendt som tildelingskriterier i denne saken, har som formål å identifisere leverandørens egnethet. Kriteriene oppfyller derfor ikke vilkårene, og kan følgelig ikke anvendes som tildelingskriterier etter art. 36(1) i dir. 92/50.

Etter å ha truffet denne konklusjonen vedrørende reglene om fastsettelse av tildelingskriterier, vurderer retten hvilke forhold som kan tas opp til vurdering i selve tildelingsvurderingen.<sup>28</sup>

“Det skal følgelig konstateres, at artikel 23, stk. 1, artikel 32 og artikel 36, stk. 1, i direktiv 92/50 er til hinder for, at den ordregivende myndighed inden for rammerne af en udbudsprocedure tager tilbudsgivernes erfaring, deres personale og udstyr samt deres evne til at gennemføre undersøgelsen inden for den fastsatte tid i betragtning, ikke som »kriterier for kvalitativ udvælgelse«, men som »kriterier for tildeling af ordren«”

Retten konkluderer med at tildelingskriteriene i denne saken var ulovlige. Den stiller opp en regel om at man under tildelingsvurderingen ikke kan vurdere leverandørens erfaring, deres personale og utstyr, samt evnen til å oppfylle kontrakten til riktig tid.

---

<sup>28</sup> Jf. Lianakis-dommen avsnitt 32.

## 4.2 EU-sak C-199/07 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Helleniske Republik

Denne saken er brakt inn for domstolen på grunnlag av en tvist i forbindelse med en åpen anbudskonkurranse. Det er anført at det foreligger to brudd på EU-retten. Anførsel nr. to er at det foreligger en ulovlig sammenblanding av kvalifikasjons- og tildelingskriterier. Denne anførselen skal behandles her.

Først behandler domstolen reglene om fastsettelse av kvalifikasjonskriterier. Retten legger til grunn at kvalifikasjonsvurderingen skal ha til formål å vurdere leverandørens kvalifikasjoner. Denne vurderingen foretas på grunnlag av kriteriene som er fastsatt i art. 30-31 til dir. 93/38. På dette punktet svarer rettens uttalelser fullt ut til det som følger av Lianakis-dommen avsnitt 27.<sup>29</sup>

Retten tar deretter for seg reglene som regulerer fastsettelsen av tildelingskriterier. Det legges til grunn at enten *lavest pris* eller *økonomisk mest fordelaktige tilbud* kan anvendes som kriterier for tildeling. Når det besluttes hvilke forhold som kan legges til grunn ved vurdering av sistnevnte kriterium, er oppdragsgiver forpliktet til å velge kriterier som har som formål å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Reglene som retten legger til grunn her, svarer fullt ut til det som følger av Lianakis-dommen avsnitt 28-29.<sup>30</sup>

Retten legger videre til grunn at kriterier som ikke oppfyller formålskravet som er oppstilt for tildelingskriterier, i stedet anses å være forbundet med vurderingen av leverandørens evner. Regelen som retten anfører her, tilsvarer det som følger av Lianakis-dommen avsnitt 30.<sup>31</sup>

Retten vurderer deretter om tildelingskriteriene som er anvendt i saken oppfyller vilkårene.<sup>32</sup> De aktuelle tildelingskriteriene er angitt i avsnitt 13:

---

<sup>29</sup> Jf. EU-sak C-199/07 avsnitt 52.

<sup>30</sup> Jf. EU-sak C-199/07 avsnitt 53-54.

<sup>31</sup> Jf. EU-sak C-199/07 avsnitt 55.

<sup>32</sup> Jf. EU-sak C-199/07 avsnitt 56.

“Det økonomisk set mest fordelagtige tilbud i overensstemmelse med følgende kriterier: ...

Under hensyntagen til artikel 34, stk. 1, litra a), i direktiv 93/38 vil tilslagsmodtageren blive valgt i overensstemmelse med følgende kriterier:

1. specifik og almen erfaring, og navnlig de faktisk udførte analyser på lignende projekter, hos enten rådgivningskontorer eller analysekontorer med videnskabeligt uddannet personale
2. reel kapacitet til at foretage en analyse inden for det planlagte tidsrum sammen med de forpligtelser, der påtages vedrørende udførelse af andre analyser, og det særlige videnskabelige personale, der foreslås til udførelsen af den pågældende analyse, samt det udstyr, der skal anvendes i forbindelse med analysen“

I sin vurdering kommer retten til at de fastsatte tildelingskriteriene ikke har som formål å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Kriteriene anses i stedet å være relatert til leverandørens evne til å gjennomføre kontrakten. Konklusjonen blir derfor at kriteriene ikke oppfyller vilkårene for å kunne fastsettes som tildelingskriterier.<sup>33</sup>

I denne saken bygger retten sin avgjørelse på Lianakis-dommen. I dommen tilføres ikke noe nytt utover de reglene om kvalifikasjons- og tildelingskriterier som følger av Lianakis-dommen.

---

<sup>33</sup> Jf. EU-sak C-199/07 avsnitt 56.

## **5   Anvendelse av Lianakis-dommen i norsk rett**

### **5.1   Innledning**

I denne delen av avhandlingen skal jeg redegjøre for hvordan jeg vurderer at Lianakis-dommen skal anvendes i norsk rett. Jeg vil vurdere hvilke regler som må anses å gjelde for fastsettelsen og vurderingen av kriteriene for kvalifikasjon og tildeling etter reglene om offentlige anskaffelser.

Som nevnt i del 4.1.1, følger det av Lianakis-dommen avsnitt 32 at “tilbudsgivernes erfaring, deres personale og utstyr samt deres evne til at gjennomføre undersøgelsen”, ikke er tillatt som tildelingskriterier. Dommen gir uttrykk for en kategorisk regel om hvilke kriterier som kan fastsettes og vurderes under kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen. Det klare utgangspunktet i henhold til alminnelig rettskildelære er at Lianakis-dommen skal legges til grunn etter sin ordlyd. Vurderingstemaet i denne delen av avhandlingen er om dette utgangspunktet skal følges helt ut, eller om det kan anses å foreligge hjemmel for å tolke dommen innskrenkende på dette punktet.

Jeg vil først forklare hvorfor EU-domstolens avgjørelse i Lianakis-dommen er relevant ved anvendelse av norsk rett. Deretter vil jeg undersøke om det foreligger hjemmel for å foreta en innskrenkende tolkning av Lianakis-dommen på bakgrunn av reglene i direktivet dommen er avsagt på grunnlag av. Deretter vil jeg undersøke de reelle hensynene som gjør seg gjeldende i en anskaffelsesprosess, i den hensikt å vurdere om det foreligger hensyn som kan tale for en innskrenkende tolkning av dommen.

Avslutningsvis skal jeg ta for meg KOFAs praksis og anvendelse av Lianakis-dommen. Jeg vil her vurdere hvilke regler som på bakgrunn av KOFAs praksis kan anses å gjelde i norsk rett.

### **5.2   Den rettslige betydningen av EU-domstolens avgjørelser i norsk rett**

Norge undertegnet EØS-avtalen i 1992 og ble dermed et medlemsland i denne avtalen. Samme år vedtok Norge EØS-loven (109/1992), og denne trådte i kraft 1. januar 1994.

Norge har valgt å gjennomføre EØS-avtalen ved bruk av et dualistisk system. Dette innebærer at EØS-rettsakter ikke er direkte bindende internt i Norge. Rettsakter må derfor gjennomføres internt for å få rettsvirkning, og Norge er forpliktet til å foreta slik gjennomføring, jf. avtalen art. 3 og 7. Et eksempel på nasjonale regler som implementerer EØS-rettsakter, er forskrift om offentlige anskaffelser. Forskriften gjennomfører EU-direktiv 2004/18, som er inntatt i EØS-avtalens vedlegg 16.<sup>34</sup>

Formålet med avtalen var å skape et felles marked for avtalepartene regulert av felles regler. Inngåelsen av EØS-avtalen innebar at Norge ble gitt tilgang til EUs indre marked for varer, tjenester, arbeidskraft og kapital. Samtidig forpliktet Norge seg til å gjøre de relevante delene av EU-retten til nasjonal rett.<sup>35</sup>

EØS-avtalens hoveddel, samt dens protokoller og vedlegg, er gjort til en del av norsk rett gjennom EØS-loven, jf. EØS-loven § 1 og avtalens art. 119. EØS-avtalen inneholder alle de EU-rettsaktene som er relevante for avtalen, disse er inntatt ordrett og gjort til en del av avtalen. Det er forutsatt at nye rettsakter fra EU inntas i EØS-avtalen etter hvert som de blir til, slik at det foregår en dynamisk rettsutvikling. EØS-komiteen har derfor kompetanse til å innta nye EU-rettsakter i EØS-avtalen, jf. art. 102, og er også politisk forpliktet til å gjøre dette fortløpende.<sup>36</sup>

Ved anvendelse av EØS-retten skal denne gis forrang ved konflikt med norsk rett etter EØS-loven § 2.<sup>37</sup> I de tilfellene der det er vedtatt nye folkerettslige bestemmelser som Norge ennå ikke har rukket å implementere, skal tolkningen av den interne retten skje i samsvar med presumpsjonsprinsippet. Dette prinsippet innebærer at man er forpliktet til å tolke norsk rett på den måten som i størst mulig grad ivaretar de folkerettslige forpliktelsene som foreligger, også de som ennå ikke er blitt implementert. Dette gjelder både i forhold til EU-retten og EØS-avtalen. Prinsippet ble lagt til grunn og stadfestet

---

<sup>34</sup> EØS-rett (2004) s. 185-186.

<sup>35</sup> EØS-rett (2004) s. 83-84.

<sup>36</sup> EØS-rett (2004) s. 177-178.

<sup>37</sup> EØS-rett (2004) s. 177-178.

av Høyesterett bl.a. i Rt. 2000 s. 1811 på side 1830. EU-retten har derfor betydning for norsk intern rett også før den er implementert.<sup>38</sup>

I henhold til avtalens art. 6 skal bestemmelsene i avtalen tolkes i samsvar med avgjørelser i EU-domstolen avsagt før 2. mai 1992. I praksis legges det til grunn at også avgjørelser i EU-domstolen avsagt etter denne datoen, kan og skal legges til grunn ved anvendelse av EØS-retten.<sup>39</sup>

Plikten til å tolke EØS-retten i samsvar med relevante avgjørelser fra EU-domstolen, hjemles i en utvidet tolkning av EØS-avtalens art. 6. Denne tolkningen har blitt lagt til grunn av Høyesterett i flere saker, se f.eks. Rt. 1997 s. 1954 (på s. 1960). EFTA-domstolen er direkte forpliktet til å tolke EØS-avtalen i samsvar med relevante avgjørelser fra EU-domstolen i henhold til ODA art. 3 nr. 2.<sup>40</sup>

Relevant EU-rettspraksis er nødvendig å vektlegge ved anvendelse av EØS-retten for å ivareta hensynet til en homogen rettsutvikling i forholdet EU-/EØS-rett. En homogen rettsutvikling innebærer at EØS-retten utvikler seg sammen med EU-retten, slik at gjeldende rett til enhver tid er den samme etter begge systemene.<sup>41</sup>

Det er nødvendig å vektlegge EU-rettspraksis ettersom EU-retten er et dynamisk rettssystem i konstant utvikling. En stor del av rettsutviklingen i EU-retten skjer gjennom EU-domstolens avgjørelser. Dette er en følge av at EU-domstolens avgjørelser er direkte bindende for nasjonale myndigheter i medlemslandene og for EU-organene. For å fastslå hva som er gjeldende rett, må derfor avgjørelsene fra EU-domstolen vurderes og vektlegges i tillegg til de skrevne rettsreglene. EØS-retten må behandles på bakgrunn av relevant praksis fra EU-domstolen. Dette innebærer at EU-domstolens

---

<sup>38</sup> EØS-rett (2004) s. 242.

<sup>39</sup> EØS-rett (2004) s. 202-203.

<sup>40</sup> EØS-rett (2004) s. 203.

<sup>41</sup> EØS-rett (2004) s. 203.

avgjørelser kan vektlegges ved anvendelse av norsk rett, forutsatt at rettsområdet er regulert i EØS-avtalen.<sup>42</sup>

Følgelig skal Lianakis-dommen vektlegges ved anvendelse av norsk rett. I praksis gjøres dette ved at norsk rett harmoniseres med EU-retten i lys av Lianakis-dommen.

Det dualistiske prinsippet for gjennomføring av EØS-retten, medfører at det kan oppstå spørsmål om hvilke regler som skal gis anvendelse hvis det foreligger bevisst motstrid mellom norske regler og EØS-retten. Dette spørsmålet ble behandlet av Høyesterett i Rt. 2000 s. 1811 (på side 1831). I norsk rett foreligger ingen slik direkte motstrid med reglene som følger av Lianakis-dommen. Tolkningsspørsmålet oppstår derfor ikke her.<sup>43</sup>

### 5.3 Ordlyden i direktivet som Lianakis-dommen er avsagt på grunnlag av

Jeg vil redegjøre nærmere for ordlyden i direktivet som Lianakis-dommen er avsagt på grunnlag av. Formålet er å vurdere om det kan utledes av ordlyden hvordan Lianakis-dommen skal forstås. Jeg vil også vurdere om direktivet åpner for en innskrenkende tolkning av dommen. Senere i avhandlingens del 5.4, skal jeg vurdere om det foreligger hensyn som taler for en innskrenkende tolkning av dommen.

Det er her nødvendig å presisere hvilke regler som gjelder for tolkning av EU-retten. Tolkningsreglene innen EU-retten skiller seg fra reglene for norsk intern rett. Hovedforskjellen er knyttet til det formålet at EU-retten skal være ensartet for medlemslandene. For å oppnå formålet er det helt nødvendig at rettsreglene tolkes likt i alle medlemslandene i EU. Følgelig er det bare svært begrenset adgang for hvert enkelt medlemsland til å tolke EU-retten innskrenkende. Det samme kravet om ensartethet gjelder etter EØS-avtalen.<sup>44</sup> Ved tolkning av EU-retten er det sentrale å fastslå hvordan reglene skal forstås i alle medlemslandene. Ved spørsmål om innskrenkende tolkning,

---

<sup>42</sup> EØS-rett (2004) s. 52.

<sup>43</sup> EØS-rett (2004) s. 246-248.

<sup>44</sup> EØS-rett (2004) s. 84.

må det vurderes om det foreligger hensyn som gjør seg gjeldende for alle som er bundet av reglene, og om disse hensynene kan tale for at den EU-rettslige regelen bør tolkes innskrenkende.

De aktuelle delene av Lianakis-dommen er reglene som oppstilles i avsnitt 29 og 32. Dommen er avsagt på grunnlag av art. 23(1), 32 og 36(1) i direktiv 92/50 om offentlige tjenestestelsesavtaler.

Direktivets art. 23(1) har følgende ordlyd:

“Ordrer tildeles på grunnlag af kriterierne i kapitel 3 og under overholdelse af artikel 24, efter at kvalifikationer hos de tjenesteydere, der ikke er udelukket i henhold til artikel 29, er efterprøvet af de ordregivende myndigheder i overensstemmelse med kriterierne i artikel 31 og 32.”

Art. 32 har følgende ordlyd:

“1. Tjenesteydernes evne til at udføre tjenesteydelserne kan vurderes på grundlag af navnlig deres faglige dygtighed, deres effektivitet, deres erfaring og deres pålidelighed.”

Direktivets art. 36(1) har følgende ordlyd:

“a) når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, forskellige kriterier, der varierer efter aftalen, f.eks. kvalitet, teknisk værdi, æstetisk og funktionsmæssig værdi, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid, pris”.

Ordlyden og systemet i direktivet åpner for flere ulike tolkninger av hvilke kriterier som skal anses som tillatte kvalifikasjons- og tildelingskriterier. Valg av tildelingskriterier er regulert i art. 36(1) bokstav a. Denne bestemmelsen gir eksempler på, men ingen



uttømmende liste over tillatte kriterier. Bestemmelsen i art. 36(1) bokstav a er dermed mer åpen enn reglene som er fastsatt i Lianakis-dommen.

Reglene som fastsettes i Lianakis-dommen følger således ikke eksplisitt av ordlyden i direktivet. Tolkningen i Lianakis-dommen ligger likevel klart innenfor det tolkningsrommet som følger av ordlyden og systemet i direktivet. Det foreligger imidlertid ikke grunnlag i direktivet for å anføre at dette er den eneste tillatte tolkningen.

På bakgrunn av dette kan det legges til grunn at Lianakis-dommen er godt forankret i direktivets ordlyd. Samtidig er ordlyden i direktivet videre enn Lianakis-dommen, slik at den åpner for at bestemmelsene kan tolkes på andre måter. Innenfor direktivets ordlyd foreligger dermed en viss adgang til å tolke Lianakis-dommen innskrenkende.

## 5.4 Reelle hensyn

### 5.4.1 Innledning

Et sentralt moment ved vurdering av om Lianakis-dommen kan tolkes innskrenkende, er om det foreligger reelle hensyn som taler for en slik tolkning. Jeg vil her vurdere hvilke hensyn som gjør seg gjeldende i den aktuelle delen av en anskaffelsesprosess. Jeg vil også vurdere om hensynene som taler for en innskrenkende tolkning er tilstrekkelig tungtveiende til at de kan hjemle en innskrenkende tolkning av dommen. Det er nødvendig å avveie hensynene som taler for en innskrenkende tolkning mot de som taler for at dommen legges til grunn etter sin ordlyd.

### 5.4.2 Reelle hensyn som støtter Lianakis-dommen

I henhold til Lianakis-dommen avsnitt 29 kan bare kriterier som har til formål å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, oppstilles som tildelingskriterier. Etter avsnitt 32 er visse kriterier utelukket fra å anvendes som tildelingskriterier. Dette innebærer at det opprettes et klart skille mellom hvilke kriterier som kan anvendes som kvalifikasjonskriterier, og hvilke kriterier som kan anvendes som tildelingskriterier.

Skillet er knyttet opp mot kriterienes materielle innhold, og skillet kan derfor betegnes som et materielt skille. Kriterier som angis vil avhengig av sitt materielle innhold, anses å tilhøre enten den ene eller den andre gruppen kriterier.

For det første vil et skille mellom kriteriene på grunnlag av kriterienes formål i henhold til Lianakis-dommen, være positivt for hensynet til konkurranse. Dette vil særlig være tilfelle i markeder dominert av store aktører.

I et marked der det finnes store, etablerte aktører, vil det være vanskelig for nye aktører å konkurrere, dersom det er adgang til å vektlegge kriterier knyttet til leverandørens kompetanse under tildelingsvurderingen. I slike tilfeller vil de etablerte aktørenes erfaring og kompetanse typisk bli høyt verdsatt av oppdragsgivere. Disse forholdene vil da kunne bli tillagt avgjørende vekt ved valg av tilbud. Erfaringen og kompetansen utgjør et konkurransefortrinn i disse tilfellene, som nye aktører uten samme erfaring vanligvis ikke kan konkurrere med. Konkurransefortrinnet medfører at nye aktørers reelle adgang til markedet blir begrenset, noe som igjen vil føre til mindre konkurranse. I henhold til alminnelig markedsteori vil mindre konkurranse medføre et høyere prisnivå og mindre effektiv ressursbruk.

Dersom hovedregelen etter Lianakis-dommen legges til grunn, vil oppdragsgivere være bundet til å foreta tildelingsvurderingen utelukkende på grunnlag av kriterier som har til formål å identifisere det beste tilbudet. Tildelingsvurderingen vil dermed foretas på grunnlag av kriterier som pris, kvalitet og leveringstid. En mindre erfaren aktør vil ha en reell mulighet til å konkurrere med en etablert aktør på disse premissene, forutsatt at aktøren ikke utelukkes fra konkurransen ved at f.eks. lang erfaring anvendes som kvalifikasjonskriterium. På denne måten vil et skille mellom kvalifikasjons- og tildelingskriteriene bidra til å åpne markeder for konkurranse fra nye aktører. Den økte konkurransen dette medfører, vil bidra til at prisnivået i markedet blir lavere. På denne måten bidrar økt konkurranse til mer effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser, noe som er et uttrykt formål med reglene, jf. loa. § 1(1). Økt konkurranse er dermed positivt for ivaretagelsen av samfunnsøkonomiske hensyn.

For det andre vil et skille mellom kriteriene i henhold til Lianakis-dommen være egnet til å ivareta hensynet til aktørenes rettssikkerhet. Det følger klart av regelverket at dette er et viktig hensyn som regelverket skal ivareta, jf. loa. §§ 1(2) og 5, samt direktiv 2004/18/EF fortalen avsnitt 46. Hensynet kan ivaretas på ulike måter. Eksempelvis vil rettssikkerheten styrkes hvis anskaffelsesprosessen er gjennomsiktig og etterprøvbare i så stor grad som mulig. Et materielt skille mellom kriteriene i henhold til Lianakis-dommen vil føre til mer gjennomsiktige og etterprøvbare anskaffelser, og vil dermed kunne føre til økt rettssikkerhet.

Et skille mellom kriteriene er egnet til å ivareta hensynet til aktørenes rettssikkerhet av flere grunner. Etter Lianakis-dommen kan man f.eks. bare anvende tildelingskriterier som har til formål å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Dette medfører at kretsen av tillatte kriterier avgrenses. Kriteriene som vil være tillatt etter denne regelen, vil i stor grad være av objektiv karakter. Eksempler på tillatte tildelingskriterier etter Lianakis-dommen er pris, kvalitet og leveringstid. Objektive tildelingskriterier er positivt for rettssikkerheten, ettersom de gjør det mulig å sammenligne tilbudene ved å vurdere konkrete egenskaper ved dem. Begrunnelsen for valget blir dermed mer gjennomsiktig og etterprøvbare, ettersom den ikke er basert på skjønnsmessige vurderinger. Som en følge av at tildelingskriteriene som er tillatte etter Lianakis-dommen i større grad er av objektiv karakter, vil Lianakis-dommen være positiv for leverandørenes rettssikkerhet.

Det vil fortsatt gjenstå en viss adgang til å vektlegge skjønnsmessige forhold, eksempelvis vil det være adgang til å vurdere estetiske egenskaper ved kontraktsgjenstanden. Likevel vil regelen etter Lianakis-dommen utvilsomt medføre at adgangen til å vektlegge skjønnsmessige kriterier blir mindre. Lianakis-dommen medfører at det ikke er adgang til å vektlegge forhold slik som leverandørens kompetanse og erfaring under tildelingsvurderingen. En vurdering av slike kriterier krever at en rekke enkeltfaktorer tas i betraktning og behandles under ett, og medfører at vurderingen kan bli svært skjønnsmessig. Det store skjønnsmessige elementet i vurderingen åpner for at oppdragsgiver tar utenforliggende hensyn, uten at disse nødvendigvis kommer til syne i vurderingene.

Etter min oppfatning krever Lianakis-dommen videre at det som er vurdert og vektlagt i tildelingsvurderingen, angis på en klar og utvetydig måte. For at dommen i praksis skal medføre en innskjerping i reglene om valg av kriterier, må dommen nødvendigvis også stille strenge krav til oppdragsgiverens presisjon ved angivelsen av tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget, og i selve tildelingsvurderingen. Presiseringskravet innebærer at det blant annet blir vanskeligere for oppdragsgiver å vektlegge utenforliggende hensyn. Dermed blir vurderingene som foretas etter Lianakis-dommens regler gjennomsiktede og etterprøvbare i større grad. Også på denne måten er Lianakis-dommen egnet til å ivareta rettssikkerhetshensynet. Presiseringskravet som kan utledes av Lianakis-dommen kan ses i sammenheng med det alminnelige kravet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i loa. § 5(3). Lianakis-dommen medfører at det kreves en viss grad av klarhet og presisjon før kravet i § 5(3) anses oppfylt.

#### 5.4.3 Reelle hensyn som taler for en innskrenkende tolkning av Lianakis-dommen

Det foreligger imidlertid også tungtveiende reelle hensyn som taler for en innskrenkende tolkning av Lianakis-dommen. Jeg vil her gjøre rede for hensyn som kan ivaretas dersom dommen tolkes innskrenkende, slik at det åpnes for at kriterier relatert til leverandørens kvalifikasjoner kan fastsettes som tildelingskriterier, herunder kriteriene erfaring, personale og prestasjonssikkerhet.

En innskrenkende tolkning av Lianakis-dommen vil være egnet til å ivareta visse økonomiske hensyn. Dette følger av at egenskaper ved leverandøren vil kunne ha betydning for vurderingen av den sannsynlige verdien av det som er tilbudt. Denne verdien kan kalles den sannsynlige prestasjonskvaliteten (sannsynligheten for et godt resultat). I utgangspunktet må det kunne antas at sannsynligheten er høyere for at kvaliteten på et ferdig produkt er god, dersom leverandøren har lang erfaring med produksjon av det. Kvaliteten på det ferdige produktet har økonomisk betydning. Leverandørens erfaring er derfor relevant for vurderingen av den sannsynlige prestasjonskvaliteten og dermed tilbudets økonomiske fordelaktighet. Oppdragsgiveren

vil derfor ha et bedre grunnlag for vurdering av tilbudets verdi dersom det kan tas hensyn til leverandørens erfaring under tildelingsvurderingen.

Ved kjøp av kompetansetjenester er kontraktsgjenstanden en eller flere personers innsats som skal lede fram til et resultat, innenfor definerte rammer som normalt er fastsatt i en kontrakt. Ettersom det ikke er klart hva innsatsen skal lede fram til, vil forskjellen i kvaliteten på de ulike tilbudene være avhengig av personene som skal utføre oppgaven. Den sannsynlige prestasjonskvaliteten på tjenesten som tilbys, vil dermed være direkte avhengig av kompetansen til disse personene hvis kompetanse tilbys. Kompetansen til disse personene kan kalles den tilbudte kompetansen.

Dersom det skal foreligge en reell adgang til å foreta en kvalitativ vurdering av hvilket tilbud som sannsynligvis er det økonomisk mest fordelaktige ved kjøp av kompetansetjenester, vil det være av stor betydning å kunne ta den tilbudte kompetanse med som et moment i vurderingen. En vurdering utelukkende basert på pris og andre kriterier, vil ikke ta hensyn til dette sentrale elementet ved tilbudet. Vilkår som er tillatt å vektlegge etter Lianakis-dommen, vil dermed kunne danne et mangelfullt grunnlag for tildelingsvurderingen. Økonomiske hensyn taler dermed for å tillate at den tilbudte kompetansen vurderes under tildelingsvurderingen ved kjøp av kompetansetjenester. Den tilbudte kompetansens betydning for tilbudets verdi varierer, og vil selvfølgelig avhenge av kontraktens art og av hvor stor del av kontrakten kompetansetjenesten utgjør.

Etter Lianakis-dommen regnes den tilbudte kompetansen som et kvalifikasjonskriterium, ettersom dette forholdet anses hovedsakelig å være relatert til leverandørens kvalifikasjoner og dessuten uttrykkelig er angitt som et ulovlig tildelingskriterium i dommens avsnitt 32. Dommen vil derfor være til hinder for at dette kriteriet fastsettes som tildelingskriterium. Den tilbudte kompetansens betydning for tilbudets verdi ved kjøp av kompetansetjenester, som det ble redegjort for i det foregående avsnittet, er et argument for å foreta en innskrenkende tolkning av Lianakis-dommen.

Et annet eksempel på forhold som etter ordlyden i Lianakis-dommen ikke kan anvendes som tildelingskriterier, men som har betydning for vurderingen av tilbudets økonomiske verdi, er graden av prestasjonssikkerhet hos leverandøren. Leverandørens prestasjonssikkerhet kan defineres som sannsynligheten for at denne oppfyller kontrakten (sannsynligheten for riktig oppfyllelse). Begrepsbruken varierer noe, bl.a. brukes begrepene forsyningssikkerhet og leveringssikkerhet, men jeg velger å bruke begrepet prestasjonssikkerhet.

Leverandørens prestasjonssikkerhet vil i visse tilfeller kunne ha stor betydning for vurderingen av tilbudets verdi. Normalt vil oppdragsgiveren påføres ekstraavgifter dersom en kontrakt ikke oppfylles på korrekt måte, f.eks. i form av utgifter til oppfølging av leverandøren og lavere inntekter forårsaket av at oppdragsgiver ikke kan dra nytte av kontraktsgjenstanden. Når prestasjonssikkerhet til en leverandør vurderes å være stor, medfører det mindre risiko for slike ekstraavgifter. Tilbudets verdi blir derfor større dersom graden av prestasjonssikkerhet hos leverandøren er stor. Motsetningsvis vil tilbudet bli mindre økonomisk fordelaktig dersom det er inngitt av en leverandør med lavere prestasjonssikkerhet. Prestasjonssikkerhet kan derfor være en viktig faktor når verdien av foreliggende tilbud skal vurderes og sammenlignes.

Hvor stor leverandørens prestasjonssikkerhet er, avhenger av alle forholdene ved leverandøren som påvirker evnen til å oppfylle kontrakten. Kriteriet anses derfor å være knyttet til leverandørens evner, og er dessuten angitt i dommens avsnitt 32, og kan derfor ikke angis som tildelingskriterium i henhold til Lianakis-dommen. Som en følge av at prestasjonssikkerhetens betydning for tilbudets økonomiske verdi kan være stor, taler økonomiske hensyn for å foreta en innskrenkende tolkning av Lianakis-dommen, slik at det blir adgang til å vurdere dette kriteriet under tildelingsvurderingen.

Videre må det etter min mening kunne legges til grunn at regelverket for offentlige anskaffelser har som formål å oppnå optimale valg. Det optimale valget er det tilbudet som på grunnlag av alle relevante kriterier vurderes som det økonomisk mest fordelaktige. Det følger av loa. § 1 at regelverket har til formål å sikre “mest mulig effektiv ressursbruk”, og på bakgrunn av dette kan det antas at reglene er utformet for å

oppnå optimale valg. Dersom reglene i en gitt situasjon ikke er egnet til å oppnå optimale valg, med andre ord at regelverket medfører at oppdragsgiver må foreta suboptimale valg, så vil dette hensynet være et argument for å tolke regelverket innskrenkende. Hensynet til optimale valg er dermed et argument for innskrenkende tolkning i spesielle situasjoner der regelverket fører til uheldige resultater.

#### 5.4.4 Avveining mellom de reelle hensynene

Som det framgår av redegjørelsen foran, foreligger det ulike reelle hensyn som trekker i forskjellige retninger. Ved vurderingen av om det foreligger hjemmel for å foreta en innskrenkende tolkning, er det nødvendig å avveie de ulike hensynene som gjør seg gjeldende. Formålet med en slik avveining er å vurdere om det foreligger tilstrekkelig tungtveiende argumenter for en slik tolkning.

Utgangspunktet for denne vurderingen er at Lianakis-dommen er klar i sin ordlyd. Reglene som framgår av avsnitt 29 og 32 skal derfor som utgangspunkt legges til grunn. Dersom det skal anses å foreligge adgang til å tolke dommen innskrenkende, kreves det følgelig tungtveiende argumenter for en slik løsning.

Hensynet til aktørenes rettsikkerhet er et viktig prinsipp i reglene om offentlige anskaffelser, jf. loa. § 1. Derfor må det nødvendigvis foreligge tungtveiende argumenter dersom det legges til grunn en tolkning av regelverket som ivaretar dette hensynet i mindre grad. Lianakis-dommen vil som nevnt etter sin ordlyd være egnet til å ivareta rettssikkerhetshensynet. Hensynet til aktørenes rettsikkerhet er derfor et argument for å oppstille et skille mellom kriteriene for kvalifikasjon og tildeling i henhold til Lianakis-dommen.

Videre er reglene i Lianakis-dommen egnet til å ivareta hensynet til konkurranse. Et regelverk som bidrar til økt konkurranse kan ha stor positiv betydning for verdiskapningen i samfunnet. Dette gjelder spesielt dersom reglenes samfunnsøkonomiske betydning vurderes i lys av at Lianakis-dommen gjelder i hele EU og EØS, og derfor virker inn på konkurransen i dette området. Offentlige anskaffelser

utgjør en betydelig del av handelen i markedet, og verdien av økt verdiskapning vil derfor kunne bli stor. Hensynet til konkurranse bør derfor tillegges stor vekt.

Jeg legger til grunn at de foregående hensynene utgjør de viktigste argumentene for å anvende Lianakis-dommen etter sin ordlyd. Begge er viktige og tungtveiende, og det må derfor foreligge sterke argumenter dersom det skal åpnes for å tolke regelverket på en måte som fører til at hensynene ivaretas i mindre grad.

Hensynet til optimale valg kan være et argument for å tolke Lianakis-dommen innskrenkende. Dette kan anføres der Lianakis-dommen etter sin ordlyd sannsynligvis vil føre til suboptimale valg. Situasjonen må i så fall være slik at Lianakis-dommen etter sin ordlyd fører til spesielt negative resultater ved tildelingsvurderingen. Hensynet til optimale valg kan anses å være et argument for å tolke Lianakis-dommen innskrenkende i to tilfeller: Ved kjøp av kompetansetjenester og i en viss utstrekning ved kjøp der prestasjonssikkerheten er spesielt viktig.

Ved kjøp av kompetansetjenester er den tilbudte kompetansen et sentralt element i vurderingen av den sannsynlige prestasjonskvaliteten. Kriteriet tilbudt kompetanse kan være av så stor betydning for tilbudet, at man nødvendigvis må vurdere dette under tildelingsvurderingen for å kunne foreta en reell vurdering av tilbudets verdi. I disse tilfellene vil hensynet til optimale valg tale for at Lianakis-dommen tolkes innskrenkende. Hvis betydningen av den tilbudte kompetansen er stor, vil en tildelingsvurdering som ikke tar hensyn til dette kriteriet kunne anses å være fattet på et mangelfullt grunnlag. Vurderingen vil da ikke kunne føre til det mest økonomisk fordelaktige resultatet, og kriteriene vurderingen er basert på vil ikke være egnet til å oppnå et optimalt valg.

Dersom det åpnes for at kvalifikasjonskriteriet tilbudt kompetanse vurderes under tildelingsvurderingen, vil konsekvensen kunne bli at hensynet til aktørenes rettsikkerhet blir ivaretatt i noe mindre grad. Dette vil kunne være en følge dersom det tillates at tildelingsvurderingen skjer i form av en fri, skjønnsmessig vurdering. Denne negative følgen vil kunne begrenses dersom det oppstilles vilkår som reduserer det



skjønnsmessige aspektet ved vurderingen, slik at hensynet til objektivitet og gjennomsiktighet ivaretas. Ved å velge en slik løsning, vil hensynet til optimale valg kunne ivaretas uten at aktørenes rettssikkerhet reduseres i for stor grad. Denne løsningen vil være en kompromissløsning der en ivaretar flest mulig av de relevante hensynene som taler for og i mot innskrenkende tolkning. Redegjørelsen for KOFAs anvendelse av Lianakis-dommen, som kommer senere i avhandlingen, viser at nemnda har valgt denne løsningen i saker som gjelder kjøp av kompetansetjenester.

Videre vil prestasjonssikkerhetens betydning for tilbudets verdi kunne være et argument for å foreta en innskrenkende tolkning av Lianakis-dommen. Prestasjonssikkerheten kan være relevant for vurderingen av tilbudets verdi, ettersom dette forholdet sier noe om risikoen for at det oppstår ulempe og tap som følge av mangelfull oppfyllelse av kontrakten. I noen tilfeller kan prestasjonssikkerheten være spesielt viktig for oppdragsgiver og dermed vurderingen av tilbudets økonomiske verdi. I disse tilfellene kan økonomiske hensyn tale for at prestasjonssikkerhet anvendes som tildelingskriterium.

Etter Lianakis-dommen er det ikke adgang til å vurdere prestasjonssikkerhet under kvalifikasjonsvurderingen, ettersom kriteriet har som formål å identifisere egenskaper ved leverandøren. Prestasjonssikkerhetens betydning for vurderingen av tilbudets verdi sett i lys av hensynet til optimale valg, kan i visse tilfeller utgjøre et argument for å tillate en innskrenkende tolkning av dommen. Adgangen til å anvende dette tildelingskriteriet er liten, jeg vil komme nærmere inn på dette i punkt 5.5.2.

Dersom det åpnes for at prestasjonssikkerhet anvendes som tildelingskriterium, kan dette medføre redusert rettssikkerhet for aktørene. Dette skyldes at en vurdering av prestasjonssikkerhet sannsynligvis blir mer skjønnsmessig enn en vurdering av kriteriene som er tillatt etter Lianakis-dommen. Leverandørens prestasjonssikkerhet er avhengig av en rekke forhold relatert til dennes virksomhet. En vurdering vil derfor nødvendigvis måtte ta alle de relevante forholdene i betraktning. I denne situasjonen vil det være vanskelig å finne konkrete, objektive kriterier som dekker alle elementene i vurderingen. Det vil derfor i en viss utstrekning måtte foretas en skjønnsmessig

helhetsvurdering. På bakgrunn av det som tidligere er redegjort for, vil en skjønnsmessig helhetsvurdering kunne ha negativ virkning for aktørenes rettssikkerhet.

Ved vurderingen av om Lianakis-dommen skal tolkes innskrenkende slik at prestasjonssikkerhet tillates som tildelingskriterium, bør dette hensynets betydning avveies mot hensynet til aktørenes rettssikkerhet. Også her kan eventuelle negative virkninger for rettssikkerheten begrenses ved å gjøre det skjønnsmessige elementet i tildelingsvurderingen mindre. Praksisen fra KOFA viser at nemnda i noen tilfeller tillater at prestasjonssikkerhet anvendes som tildelingskriterium, men at det i de tilfellene gjelder vilkår som skal ivareta hensynet til rettssikkerheten.

## 5.5 KOFAs anvendelse av Lianakis-dommen

### 5.5.1 Innledning

Spørsmålet om hvilke regler som skal anses å gjelde for vurderingen av kvalifikasjon og tildeling, har blitt behandlet av KOFA flere ganger i tiden etter avsigelsen av Lianakis-dommen.<sup>45</sup> Avgjørelsene viser at nemnda som hovedregel legger Lianakis-dommen til grunn etter sin ordlyd, men at de i visse tilfeller har foretatt en innskrenkende tolkning av dommen. Jeg vil her redegjøre for KOFAs behandling av Lianakis-dommen og de ulike reelle hensynene som gjør seg gjeldende.

I sine avgjørelser oppstiller KOFA både materielle og formelle vilkår som en betingelse for å foreta en innskrenkende tolkning av Lianakis-dommen. Dersom vilkårene oppfylles, vil det i henhold til KOFAs avgjørelser være anledning til å ta forhold relatert til leverandørens kompetanse med i tildelingsvurderingen. Jeg vil disponere behandlingen av avgjørelsene etter de vilkårene som nemnda har fastsatt som betingelse for innskrenkende tolkning av Lianakis-dommen. Redegjørelsen inndeles derfor etter materielle og formelle vilkår.

---

<sup>45</sup> Se f.eks. KOFA-sak 2008/120, 2009/88, 2010/10.

## 5.5.2 Materielle vilkår

### 5.5.2.1 KOFA-avgjørelse 2008/120

#### **Prestasjonskvalitet (sannsynligheten for god oppfyllelse)**

I denne avgjørelsen behandler KOFA kriteriene for kvalifikasjon og tildeling etter reglene om offentlige anskaffelser, herunder Lianakis-dommens betydning for anvendelsen av kriteriene. KOFA kommer til at hovedregelen i Lianakis-dommen avsnitt 32 kan tolkes innskrenkende i denne saken, slik at det under visse forutsetninger er tillatt å vurdere leverandørens erfaring under tildelingsvurderingen.

Faktum i saken er at en leverandør har klaget inn en oppdragsgiver for KOFA på grunnlag av anførsler om ulovlig fastsettelse og anvendelse av tildelingskriterier. Spørsmålet nemnda behandler, er om *erfaring* lovlig kan fastsettes som tildelingskriterium.

Dette spørsmålet er direkte regulert i Lianakis-dommen. Ved behandling av spørsmålet tar nemnda utgangspunkt i hovedregelen som følger av dommens avsnitt 32:

“Det skal følgelig konstateres, at artikel 23, stk. 1, artikel 32 og artikel 36, stk. 1, i direktiv 92/50 er til hinder for, at den ordregivende myndighed inden for rammerne af en udbudsprocedure tager tilbudsgivernes erfaring, deres personale og udstyr samt deres evne til at gennemføre undersøgelsen inden for den fastsatte tid i betragtning, ikke som »kriterier for kvalitativ udvælgelse«, men som »kriterier for tildeling af ordren«.”

Nemnda uttaler følgende om tolkningen i avsnitt 51: “I dommens premiss (32) som er sitert ovenfor, går det frem at direktivet er til hinder for at tilbydernes erfaring tas i betraktning som tildelingskriterium.” KOFA legger til grunn at utgangspunktet etter Lianakis-dommen, er at erfaring ikke kan anvendes som tildelingskriterium.

Etter å ha slått fast hovedregelen, anfører nemnda at det foreligger hjemmel for å foreta en innskrenkende tolkning av denne. Den legger til grunn at det kan utledes argumenter

40

for en innskrenkende fortolkning dersom hovedregelen ses i sammenheng med det faktum som dannet bakgrunn for uttalelsen.<sup>46</sup> Jeg vil her forklare hvordan nemnda begrunner adgangen til å foreta en innskrenkende tolkning.

KOFA tar utgangspunkt i hovedregelen i Lianakis-dommen avsnitt 32, hvor det slås uttrykkelig fast at erfaring ikke kan anvendes som tildelingskriterium. Den ser deretter hovedregelen i sammenheng med den materielle vurderingen som kriteriet *erfaring* ble underlagt i avsnitt 31 i dommen. Nemnda påpeker at kriteriene som var fastsatt som tildelingskriterier i denne saken, herunder *erfaring*, materielt sett hadde blitt vurdert å være relatert til leverandørens evne til gjennomføring av kontrakten<sup>47</sup>:

“Premisset kan forstås dit hen at kriterier som bare vedrører evne til å oppfylle kontrakten slik denne er definert i konkurransegrunnlaget, logisk må bli å anse som kvalifikasjonskriterier, uten hensyn til hvilke ord eller begreper som er brukt i konkurransegrunnlaget. I så fall stenger premisset ikke for at et etterspurt innsatskriterium også kan invitere markedet til å angi aktuell mer-kvalitet leverandøren(e) konkret er i stand til å tilby for tjenesten, og da vel innenfor direktivets artikkel 53 og forskriftens § 13-2. Da er det ikke lenger tale om evne til å oppfylle kontrakten forstått som sikkerhet for at det ikke oppstår kontraktsbrudd (mangel eller forsinkelse).“

Her anfører nemnda at hovedregelen i Lianakis-dommen kan tolkes innskrenkende. Argumentet er at regelen i avsnitt 32 er avsagt under den forutsetningen at kriteriet *erfaring* er knyttet til leverandørens kvalifikasjoner. Derav kan det utledes at Lianakis-dommen ikke er til hinder for at kriteriet *erfaring* vurderes under tildelingsvurderingen, dersom dette kriteriet kan anses å være relatert til vurderingen av tilbudets økonomiske verdi. Nemnda uttaler at *erfaring* kan anses å være relatert til tilbudet dersom det er egnet til å identifisere “aktuell mer-kvalitet leverandøren(e) konkret er i stand til å tilby for tjenesten”.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Jf. KOFA-sak 2008/120 avsnitt 51.

<sup>47</sup> Jf. KOFA-sak 2008/120 avsnitt 51.

<sup>48</sup> Jf. KOFA-sak 2008/120 avsnitt 51.

I henhold til dette tolkningsalternativet vil Lianakis-dommen avsnitt 32 ikke nødvendigvis være til hinder for at *erfaring* anvendes som tildelingskriterium. Dersom en slik tolkning legges til grunn, blir vurderingen av om kriteriet *erfaring* oppfyller vilkåret som følger av Lianakis-dommen avsnitt 29, avgjørende for spørsmålet om kriteriet kan anvendes. Her framgår det at tildelingskriterier skal ha som formål å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Ved kjøp av kompetansetjenester vil kriteriet *erfaring* som vist under avhandlingens punkt 5.4.3, være egnet til å angi “aktuell mer-kvalitet leverandøren(e) konkret er i stand til å tilby for tjenesten”. Det kan da legges til grunn at kriteriet har til formål å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. I dette eksempelet oppfyller derfor kriteriet *erfaring* vilkåret som følger av Lianakis-dommen avsnitt 29.

Etter å ha anført at det foreligger adgang til innskrenkende tolkning, gjennomfører nemnda en vurdering av om det er andre rettskildefaktorer som er relevante for spørsmålet. Denne vurderingen foretas i avsnitt 51-55.

For det første behandler nemnda Bentjees-dommen. Den tolker dennes avsnitt 15-16, som det henvises til i Lianakis-dommen avsnitt 26, som at den støtter nemndas tolkning.<sup>49</sup> Det er noe uklart for meg hvordan nemnda finner støtte for sitt tolkningsalternativ i henvisningen til denne delen av Bentjees-dommen. For det andre påpeker nemnda at Lianakis-dommen ikke oppgir hvilke kvalifikasjonskriterier som har vært anvendt i saken. Derfor kan det ikke utledes noe om spørsmålet ved å sammenligne de anvendte tildelingskriteriene med kvalifikasjonskriteriene.<sup>50</sup> For det tredje foretar nemnda en vurdering av det prosessuelle systemet etter dir. 2004/18/EF.<sup>51</sup> For det fjerde redegjør nemnda for en fagartikkel som behandler Lianakis-dommen.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> Jf. KOFA-sak 2008/120 avsnitt 51.

<sup>50</sup> Jf. KOFA-sak 2008/120 avsnitt 52.

<sup>51</sup> Jf. KOFA-sak 2008/120 avsnitt 53-54.

<sup>52</sup> Jf. KOFA-sak 2008/120 avsnitt 55. Artikkelen er skrevet av T Kotsonis og publisert i Public Procurement Law Review (17) 2008 hefte 4 NA128-134.

Av rettskildefaktorene som behandles i avsnitt 51-55, utleder KOFA ingen klare argumenter vedrørende tolkningsspørsmålet. Den uttaler derfor i avsnitt 56 at: “Det knytter seg altså en viss uklarhet til tolkningen av Lianakis-dommen.”

Etter å ha gjennomgått de ulike momentene, kommer nemnda til sin konklusjon i spørsmålet om det kan foretas en innskrenkende tolkning av Lianakis-dommen avsnitt 32. Konklusjonen framgår av avsnitt 56:

“Nemnda mener at dommen må forstås slik at oppfyllelsesevne i forhold til en definert tjeneste alltid må regnes som et kvalifikasjonskriterium som ikke kan videreføres eller gjentas som et tildelingskriterium. ”Kompetanse” og ”erfaring” kan allikevel etter omstendighetene inngå i en kvalitativ sammenligning mellom leverandørenes tilbudte tjenestekvalitet der konkurransegrunnlaget ikke låser oppfyllelsen til kontraktsvilkår om tjenestens innhold eller leveringstid, slik som i NIDA-dommen Rt. 2007 s 1783. (...) Premiss 30 sitert ovenfor kan derfor forstås slik at man utelukker som tildelingskriterier slike som er *”essentially linked to the evaluation of the tenderers’ ability to perform the contract in question”*, men ikke kriterier som fortsatt kan sies å være *”aimed at identifying the tender which is economically the most advantageous”*.”<sup>53</sup>

Nemda tolker altså Lianakis-dommen dithen at den ikke kategorisk utelukker at kriteriene ”tilbydernes erfaring, deres personale og utstyr samt deres evne til at gjennomføre underøgelsen inden for den fastsatte tid”, fastsettes som tildelingskriterium. Begrunnelsen er at den anser disse kriteriene for å kunne ha betydning for vurderingen av tilbudets økonomiske verdi. Etter nemndas syn kan et kriterium anvendes som tildelingskriterium dersom det har som formål å identifisere tilbudet som er økonomisk mest fordelaktig. Dermed åpner nemnda for en innskrenkende fortolkning av Lianakis-dommens avsnitt 32. Kriteriene som er angitt i avsnitt 32 kan dermed brukes som tildelingskriterier hvis de vurderes å ha som formål å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> Jf. KOFA-sak 2008/120 avsnitt 56.

<sup>54</sup> Jf. KOFA-sak 2008/120 avsnitt 56.

Etter å ha konkludert med at det kan foretas en innskrenkende tolkning av Lianakis-dommen avsnitt 32, presiserer nemnda at det er to materielle vilkår som må være oppfylt dersom det skal være adgang til å foreta en slik tolkning. Det ene er at kriteriet skal være relatert til tilbudet. Det andre er at kriteriet må ha som sitt umiddelbare formål å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

I avsnitt 57 vurderer KOFA om disse materielle vilkårene er oppfylt i denne saken:

“I vår sak har innklagede i evalueringsrunde nr. 2 under tildelingskriteriet ”kompetanse” vektlagt forhold som er rettet mot tilbudet og den konkrete gjennomføringen av kontrakten, og som kan være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Klagenemnda forstår ”Lianakis”-dommen slik at dommen ikke nødvendigvis stenger for dette.”

Nemnda kommer her til den konklusjonen at de oppstilte materielle vilkårene for å anvende “erfaring” som tildelingskriterium, er oppfylt. Det framgår at et moment i vurderingen av formålskravet kan være om det aktuelle kriteriet er “egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud.” I tillegg til de materielle vilkårene, fastsetter nemnda en del formelle vilkår som også må oppfylles dersom det skal være anledning til å anvende kriteriet som et tildelingskriterium. Disse vilkårene vil jeg behandle i avhandlingens neste del.

I en artikkel anfører advokat Morten Goller at KOFA's tolkning av Lianakis-dommen i sak 2008/120, kan oppsummeres slik: “man skal vurdere hvorvidt leverandøren er egnet til å oppfylle kontrakten (foa. § 17-4) i kvalifikasjonsfasen, og kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden (foa. § 22-2) i tildelingsfasen”.<sup>55</sup> Denne måten å angi vilkårene på kan anvendes som et utgangspunkt ved vurdering av om et tildelingskriterium er tillatt. Artikkelen støtter min forståelse av KOFA-sak 2008/120 hva gjelder vilkårene for innskrenkende tolkning.

---

<sup>55</sup> Jf. Goller (2010) s. 80.

Nemnda begrunner adgangen til å foreta en innskrenkende tolkning i en rekke hensyn. Av avsnitt 56 framgår det hvilke hensyn som er vektlagt:

“Premiss (32) er gitt en svært kategorisk utforming ved at domstolen tilsynelatende avviser at *”tenderers’ experience, manpower and equipment”* overhodet kan figurere som tildelingskriterier, men konteksten og det foregående premiss (31) kan også tolkes dit hen at det her er en forutsetning at momentene innvirker på oppfyllelsesevne i forhold til *”proper performance of the contract in question.”* For tjenester der markedets tilbud ut over kontraktens basis-krav kan variere fordi oppdraget krever innovasjon og kreativitet, slik som ved konsulenttjenester, totalentrepriser prosjekteringsoppdrag, vil man etter dette lettere kunne skille mellom kvalifikasjoner og tilbudskvalitet.”

For det første påpeker nemnda at domstolens uttalelse i Lianakis-dommen avsnitt 32 er kategorisk og vidtfnende. Det sies ikke uttrykkelig i avgjørelsen, men det framgår likevel av nemndas vurdering at uttalelsens store virkeområde anses å utgjøre et moment som taler for å åpne for en innskrenkende tolkning. Hensynet til gode resultater støtter denne betraktningen. Hensynet taler for at det bør være adgang til å foreta en innskrenkende tolkning dersom regelen fører til uheldige resultater i enkelttilfeller. Det kan legges til grunn at når det fastsettes en kategorisk regel med stort virkeområde, vil regelen kunne føre til uheldige og resultater i enkelttilfeller, særlig når regelen anvendes i saker der det gjør seg gjeldende andre hensyn enn i saken der regelen ble fastsatt.

Ordlyden i Lianakis-dommen åpner for at det kan stilles spørsmål ved om domstolen har tatt i betraktning alle hensynene som kan gjøre seg gjeldende i en tildelingsvurdering. Jeg bemerker at ordlyden i dommens avsnitt 32 er klar og avsagt uten forbehold, slik at bestemmelsen utvilsomt kan legges til grunn. Likevel kan det nevnes at det ikke framgår av dommen at det er foretatt en uttrykkelig vurdering av konsekvensen det vil ha for tildelingsvurderingen ved kjøp av f.eks. kompetansetjenester, dersom det prinsipielt utelukkes at erfaring vurderes under tildelingsvurderingen. Dersom det framgikk uttrykkelig at dommen ble avsagt etter en tydelig vurdering av de reelle hensynene som gjør seg gjeldende, ville dette avskåret



spørsmålet om innskrenkende tolkning av hovedregelen på dette grunnlaget. Siden det ikke framgår noen slik vurdering av alle hensynene som gjør seg gjeldende, åpner dette for at innskrenkende tolkning vurderes på grunnlag av dette.

I KOFAs avgjørelse avsnitt 52 påpeker nemnda at domstolen i Lianakis-dommen åpenbart hadde til formål å innskjerpe skillet mellom kvalifikasjonsvurderingen og tildelingsvurderingen, og kriteriene som anvendes i de ulike vurderingene. Dette formålet framgår ikke uttrykkelig av Lianakis-dommen, men det kan naturlig innfortolkes at dette var et formål med dommen. At dommen innebærer en skjerpelse av skillet i forhold til forutgående avgjørelser i EU-domstolen og norsk rett, framgår hvis dommen sammenlignes med f.eks. Rt. 2007 s. 1783 og KOFA-sak 2007/48. I disse sakene ble det lagt til grunn at oppdragsgiver kunne vurdere samme forhold under begge stadiene, og at friheten ved valg av tildelingskriterier var relativt stor. Etter Lianakis-dommen er valget og vurderingen av kriterier underlagt en betydelig strengere regulering. Dette formålet taler for å begrense adgangen til å tolke dommen på en måte som gjør at formålet blir dårligere ivaretatt.

I avsnitt 56 anfører nemnda at en innskrenkende tolkning vil gjøre det lettere å identifisere hvilke kriterier som anses å være relatert til leverandørens kvalifikasjon, og hvilke som anses å være relatert til tilbudet. Uttalelsen må forstås som at nemnda anser hovedregelen etter Lianakis-dommen avsnitt 32 for ikke å ta hensyn til at kriteriene som ikke er tillatt, faktisk kan være relevante for vurderingen av tilbudets økonomiske fordelaktighet. Følgelig anføres det at en vil kunne ta hensyn til dette ved å legge til grunn at en formålsbetraktning er avgjørende for valg av kriterier. Videre påpeker nemnda følgende: “dommen må forstås dit hen at oppdragsgiver ikke har ... mulighet å åpne for konkurranse om tjenestekvalitet knyttet til teamwork og personer som tilbys. Nemnda stiller seg tvilende både til hensiktsmessigheten av en slik begrensning, og til om dommen virkelig er slik å forstå.” Nemnda påpeker her at regelen etter Lianakis-dommen avsnitt 32 reelt sett vil medføre at det blir vanskelig å gjennomføre visse typer konkurranser. Dette argumentet for en innskrenkende tolkning påpekes også av advokat Morten Goller i hans artikkel.<sup>56</sup> Argumentet må kunne tillegges noe vekt, ettersom det

---

<sup>56</sup> Jf. Goller (2010) s. 78.

viser at det er av stor økonomisk betydning å kunne vurdere kriterier av typen *erfaring* under tildelingsvurderingen ved kjøp av visse typer tjenester. Som jeg tidligere har vist gjelder dette spesielt kjøp av kompetansetjenester. Økonomiske hensyn taler derfor for en innskrenkende tolkning, jf. momentene jeg behandlet i avhandlingens del 5.4.3.

I denne saken åpner KOFA for innskrenkende tolkning av Lianakis-dommen ved kjøp av kompetansetjenester. Den tilbudte kompetansen vil kunne oppfylle de materielle vilkårene som er oppstilt av KOFA, ettersom dette forholdet er helt sentralt for vurderingen av tilbudet under tildelingsvurderingen. Ved slike anskaffelser vil den tilbudte kompetansen dermed kunne anvendes som tildelingskriterium. I denne avgjørelsen tar KOFA ikke stilling til om det er adgang til innskrenkende tolkning ved andre typer anskaffelser. Hvorvidt det foreligger slik adgang, må i tilfelle vurderes opp mot de materielle vilkårene som er oppstilt i denne sakens avsnitt 56.

Adgangen til å foreta en innskrenkende tolkning av Lianakis-dommen slik som KOFA oppstiller i denne saken, er senere opprettholdt av nemnda i en rekke rådgivende avgjørelser. Som eksempler kan avgjørelsene 2009/88, 2010/108, 2010/10 og 2010/27 nevnes. Det må derfor betraktes som fast praksis i KOFA at det foreligger adgang til å foreta en innskrenkende tolkning av hovedregelen som følger av Lianakis-dommen ved kjøp av kompetansetjenester. Betingelsen for å kunne foreta en innskrenkende tolkning, er at vilkårene som framgår av sak 2008/120 avsnitt 56 oppfylles.

KOFAs argumenter for en innskrenkende tolkning er godt begrunnet. Denne praksisen må anses å kunne lede til bedre resultater enn Lianakis-dommen i visse tilfeller. Argumentene for en slik praksis kan derfor tillegges vekt. På den andre siden er det utvilsomt at KOFAs praksis strider mot den klare ordlyden i Lianakis-dommens avsnitt 32. Det er derfor usikkert om KOFA har hjemmel for sin tolkning i EU-retten. Dersom spørsmålet om lovligheten av denne praksisen blir reist for domstolene, er det derfor en reell mulighet for at den blir ansett for å være i strid med EU-retten, nærmere bestemt direktiv 92/50/EF og 2004/18/EF sett i lys av Lianakis-dommen.

### **Prestasjonssikkerhet (sannsynligheten for riktig oppfyllelse)**

I henhold til Lianakis-dommen avsnitt 32 er det ikke adgang til å anvende prestasjonssikkerhet som et tildelingskriterium. KOFA har i noen saker likevel akseptert at prestasjonssikkerhet anvendes som et slikt kriterium. På bakgrunn av dette vil jeg her vurdere adgangen til å anvende dette tildelingskriteriet.

I KOFA-sak 2009/98 var det utlyst en åpen anbudskonkurranse om rammeavtale for rådgivningstjenester innen brannteknikk. Leveringssikkerhet var angitt som et tildelingskriterium i saken. Dette kriteriet tilsvarende det som jeg under punkt 5.4.3. betegner som prestasjonssikkerhet. I sakens avsnitt 22 uttaler nemnda at den anser leveringssikkerhet for å være et tillatt tildelingskriterium. Det framgår ikke hvilken drøftelse nemnda har foretatt før den kommer til dette resultatet. I avgjørelsen er Lianakis-dommen behandlet, men ikke i relasjon til dette spørsmålet. Det er ikke vist til KOFA-sak 2008/120 i avgjørelsen. Som en følge av at Lianakis-dommen behandles, er det grunnlag for å anta at nemnda er klar over ordlyden i dommens avsnitt 32 som regulerer adgangen til å anvende prestasjonssikkerhet som tildelingskriterium. Når nemnda ikke problematiserer bruken av dette tildelingskriteriet, må det kunne legges til grunn at den anser kriteriet for å være tillatt etter Lianakis-dommen.

På samme måte er prestasjonssikkerhet angitt som tildelingskriterium i KOFA-sak 2009/175. Denne saken gjaldt en konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale om kjøp av reisebyrå tjenester for pasientreiser med fly. Nemnda tar i denne saken ikke uttrykkelig stilling til om kriteriet er lovlig, men det framgår av avgjørelsens avsnitt 103-105 at nemnda tillater at kriteriet brukes. Lianakis-dommen og KOFA-sak 2008/120 er nevnt av den klagende part i en anførsel tilknyttet et annet spørsmål, men disse avgjørelsens betydning for adgangen til å bruke prestasjonssikkerhet som tildelingskriterium, er ikke kommentert av nemnda.<sup>57</sup> På samme måte som i sak 2009/98, må det her kunne legges til grunn at nemnda anser Lianakis-dommen for ikke å være til hinder for at prestasjonssikkerhet anvendes som tildelingskriterium.

---

<sup>57</sup>Jf. KOFA-sak 2009/175 avsnitt 41.

På grunnlag av KOFA-sak 2009/98 og 2009/175 er det naturlig å legge til grunn at KOFA anser prestasjonssikkerhet for å være et gyldig tildelingskriterium. KOFA foretar en innskrenkende tolkning av Lianakis-dommen i disse to avgjørelsene, ettersom det følger uttrykkelig av dommens avsnitt 32 at prestasjonssikkerhet ikke kan anvendes som tildelingskriterium.

Som nevnt framgår det ikke av de to avgjørelsene hvilke vurderinger som danner grunnlag for at prestasjonssikkerhet anses som et tillatt tildelingskriterium. Det følger derfor ikke av disse avgjørelsene hvilke vilkår som gjelder for en slik tolkning av Lianakis-dommen. I KOFAs avgjørelser foreligger ikke grunnlag for å forutsette at KOFA har hatt som formål å sette Lianakis-dommen til side ved å åpne for en ubegrenset adgang til å anvende dette tildelingskriteriet. Jeg antar derfor at vilkårene for innskrenkende tolkning ved kjøp av kompetansetjenester som framgår av KOFA-sak 2008/120, også gjelder ved spørsmål om innskrenkende tolkning her.

Ved innskrenkende tolkning skal det først, i henhold til vilkårene i KOFA-sak 2008/120 avsnitt 56, vurderes om kriteriet prestasjonssikkerhet anses tilknyttet tilbudet, og deretter om kriteriet har som formål å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Dersom kriteriet prestasjonssikkerhet oppfyller disse vilkårene, kan det anvendes som et tildelingskriterium etter KOFA-sak 2008/120.

Som tidligere nevnt anses prestasjonssikkerhet i utgangspunktet å være relatert til leverandørens kompetanse. Dersom anskaffelsen er av en slik art at prestasjonssikkerheten utgjør en økonomisk viktig del av tilbudet, kan prestasjonssikkerheten likevel anses relatert til tilbudet. Det første materielle vilkåret for innskrenkende tolkning kan dermed være oppfylt. Videre kan prestasjonssikkerhet anses å ha økonomisk betydning dersom kriteriet er spesielt viktig for oppdragsgiver. Det andre materielle vilkåret vil da kunne være oppfylt. Etter dette legger jeg til grunn at kriteriet prestasjonssikkerhet kan oppfylle de materielle kravene for å anvendes som et tildelingskriterium som følger av KOFA-sak 2008/120.

I Evans Medical-dommen, som ble behandlet i avhandlingens del 3.2.2, ble prestasjonssikkerhet ansett som et gyldig tildelingskriterium. Når KOFA legger det samme til grunn i sak 2009/98 og 2009/175, kan det vurderes om det som følger av Evans Medical-dommen på akkurat dette punktet er relevant for tolkingen av KOFAs praksis. Av Evans Medical-dommen følger det lite prinsipielt om adgangen til å anvende prestasjonssikkerhet som tildelingskriterium, ettersom uttalelsene om dette i dommen gjelder de konkrete forholdene i saken.<sup>58</sup> Det følger av dommens avsnitt 42 at kriteriet prestasjonssikkerhet skal ha til formål å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Det kan vurderes om dette vilkåret likevel bør gjelde også når spørsmålet om prestasjonssikkerhet behandles etter KOFAs praksis. Et tilsvarende formålsskrav følger uansett av de materielle vilkårene for innskrenkende tolkning i KOFA-sak 2008/120. Vilåret i Evans Medical-dommen vil derfor ikke ha selvstendig betydning utover vilkårene i KOFA-sak 2008/120, hvis disse legges til grunn ved bruk av prestasjonssikkerhet som tildelingskriterium.

I Rt. 2007 s. 1783 er det også lagt til grunn at prestasjonssikkerhet er et gyldig tildelingskriterium. Det kan vurderes om denne dommen er relevant for adgangen til å anvende prestasjonssikkerhet som tildelingskriterium etter KOFAs praksis. I Rt. 2007 s. 1783 avsnitt 38, slår domstolen fast at man ved valg av tildelingskriterier kan ta hensyn til “innbyggernes velferd og behov i bredere forstand”, og at kriteriet “må ha tilknytning til kontraktsgjenstanden”. Følgelig åpner dommen for en relativt vid adgang til valg av tildelingskriterier. Ettersom Lianakis-dommen avsnitt 29 og 32 klart skjerper disse vilkårene, legger jeg til grunn at Rt. 2007 s. 1783 ikke er relevant ved vurdering av hvilke vilkår som gjelder ved anvendelse av prestasjonssikkerhet som tildelingskriterium etter KOFAs praksis.

Som det her er vist, foreligger det få saker hvor KOFA legger til grunn at prestasjonssikkerhet er et gyldig tildelingskriterium, og av sakene framgår det lite om hvilke vurderinger som er foretatt. Det foreligger lite praksis utover nemndas egne avgjørelser. På dette grunnlaget er det vanskelig å utlede noe generelt om adgangen man har til å anvende prestasjonssikkerhet som et tildelingskriterium. Samtidig må det

---

<sup>58</sup> Jf. Evans Medical-dommen avsnitt 44.

legges til grunn at prestasjonssikkerhet kan være av stor økonomisk betydning for tilbudet, slik at økonomiske hensyn taler for at adgangen til å anvende kriteriet ikke avskjæres fullstendig. Ettersom det er lite rettskildemessig grunnlag for å forutsette at det foreligger adgang til å tolke hovedregelen innskrenkende, legger jeg til grunn at adgangen til å anvende prestasjonssikkerhet som tildelingskriterium er veldig begrenset. Etter min oppfatning kan prestasjonssikkerhet bare benyttes som tildelingskriterium i tilfeller hvor kriteriet er særlig viktig for oppdragsgiveren. Adgangen til å anvende dette kriteriet må derfor anses som et snevert unntak fra hovedregelen i Lianakis-dommen avsnitt 32. At det kan antas å foreligge en viss adgang til å anvende prestasjonssikkerhet som tildelingskriterium, er også lagt til grunn av advokat Morten Goller.<sup>59</sup>

På bakgrunn av dette antar jeg at det er en viss adgang til å anvende prestasjonssikkerhet som tildelingskriterium f.eks. ved kjøp hvor kontrakten er komplisert og langvarig, eller ved kjøp av kritisk utstyr til vitale samfunnsfunksjoner som forsvar og sykehus.

Også her åpner nemnda for at det anvendes et tildelingskriterium som ikke er tillatt etter Lianakis-dommen avsnitt 32. Derfor er det mulig at bruken av dette tildelingskriteriet blir ansett å være i strid med EU-retten hvis spørsmålet kommer opp for domstolene.

### 5.5.3 Formelle vilkår

Det følger av KOFA's praksis at nemnda i visse tilfeller tillater at det foretas en innskrenkende tolkning av Lianakis-dommen. Jeg vil her redegjøre for de to formelle vilkårene som KOFA i sine avgjørelser har oppstilt som en betingelse for å foreta en innskrenkende tolkning av Lianakis-dommen. Disse vilkårene gjelder i tillegg til de materielle som ble redegjort for i del 5.5.2.

Det første formelle vilkåret som KOFA oppstiller, er at det samme forholdet ikke kan vurderes under både kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen. Dette følger uttrykkelig av bl.a. KOFA-sak 2010/108 avsnitt 25. Vilåret antas å være forutsatt i Lianakis-

---

<sup>59</sup> Jf. Goller (2010) s. 81.

dommen, selv om det ikke framgår klart av ordlyden.<sup>60</sup> Vilkåret er knyttet til vurderingsgjenstanden, og innebærer at denne ikke kan være den samme under kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen. Jeg vil illustrere hva kravet innebærer på bakgrunn av kriteriene i KOFA-avgjørelse 2008/120:

I denne saken er erfaring angitt både som kvalifikasjonskriterium og tildelingskriterium.<sup>61</sup> For at det skal være tillatt å vurdere erfaring under tildelingsvurderingen, er det påkrevd at vurderingsgjenstanden her ikke er den samme som når erfaring vurderes under kvalifikasjonsvurderingen. Hvis gjenstand for vurdering under kvalifikasjonsvurderingen er firmaets og de ansattes erfaring, og vurderingsgjenstanden ved tildelingsvurderingen også er de ansattes erfaring, vil det foreligge en ulovlig dobbeltbehandling. Derimot hvis de ansattes erfaring ikke inngår i kvalifikasjonsvurderingen, vil det være adgang til å vurdere dette forholdet under tildelingsvurderingen. Det første formelle vilkåret vil i dette tilfellet være oppfylt. Vilkåret innebærer også at den samme dokumentasjonen ikke kan vurderes under begge vurderingsprosessene. Dersom de ansattes CVer inngår i vurderingen av firmaets erfaring under kvalifikasjonsprosessen, vil følgelig de samme CVene ikke kunne være gjenstand for vurdering under tildelingsprosessen ved vurdering av de ansattes erfaring. Det er likevel en viss adgang til å vurdere f.eks. de ansattes CV både under kvalifikasjonsprosessen og tildelingsprosessen, men det må i tilfelle være forskjellige deler av denne som er gjenstand for vurdering under hver vurderingsprosess.

For å gjøre det mulig å vurdere den tilbudte kompetansen under tildelingsvurderingen ved kjøp av kompetansetjenester, uten samtidig å stenge for adgangen til å anvende f.eks. erfaring og kompetanse som kvalifikasjonskriterium, har KOFA åpnet for at det kan skilles mellom *leverandørens kompetanse* og *den tilbudte kompetansen*.

Leverandørens kompetanse kan kalles firmakompetansen. Dette skillet er lagt til grunn av KOFA bl.a. i sak 2010/10 avsnitt 16. I henhold til denne avgjørelsen anses den generelle kompetansen til leverandøren (*firmakompetansen*) som en annen vurderingsgjenstand enn kompetansen til den eller de personene hvis tjenester tilbys

---

<sup>60</sup> Jf. Goller (2010) s. 81.

<sup>61</sup> Jf. KOFA-sak 2008/120 avsnitt 5.

(den tilbudte kompetansen). Dersom erfaring er angitt som kvalifikasjonskriterium, vil det fortsatt være anledning til å anvende erfaring som tildelingskriterium dersom det først er *firmakompetansen* som vurderes og deretter *den tilbudte kompetansen*.

For å kunne overholde det første formelle vilkåret, krever denne konstruksjonen at oppdragsgiver er bevisst på hva som vurderes på hvert stadium. Etter dette vil nemlig f.eks. ulike deler av den enkelte persons kompetanse kunne inngå i henholdsvis kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen. Dersom firmakompetanse er angitt som kvalifikasjonskriterium, vil kompetansen til den enkelte ansatte kunne inngå i vurderingen av dette kriteriet. Dette vil f.eks. kunne være tilfelle hvis leverandøren har få ansatte. Samtidig vil kompetansen til den samme ansatte kunne inngå i vurderingen av den tilbudte kompetansen under tildelingsstadiet. For å unngå at det samme forholdet vurderes begge steder, må oppdragsgiver skille klart mellom vurderingsgjenstanden på hvert stadium. Eksempelvis vil det ikke foreligge ulovlig dobbeltbehandling dersom de ansattes utdannelse vurderes under kvalifikasjonsvurderingen, og deres konkrete arbeidserfaring som er relevant for tilbudet, vurderes under tildelingsvurderingen.

Dette vilkåret medfører at Rt. 2007 s. 1783 avsnitt 41 ikke lenger kan legges til grunn som følge av Lianakis-dommen og KOFA's etterfølgende praksis i lys av Lianakis-dommen. Av Rt. 2007 s. 1783 avsnitt 41 følger det uttrykkelig at det samme vilkåret kan vurderes flere ganger. Det er ikke adgang til å foreta en slik vurdering i henhold til det første formelle vilkåret som er oppstilt av KOFA.

Det andre formelle vilkåret for innskrenkende tolkning som KOFA oppstiller, er knyttet til angivelsen av kriteriene i konkurransegrunnlaget. For å oppfylle dette vilkåret, må det tydelig framgå at det er en forskjell på vurderingene som foretas under henholdsvis kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen.

Dette vilkåret stiller krav til hvordan konkurransegrunnlaget formuleres. Kriteriene må formuleres på en slik måte at det framgår tydelig for leverandørene at vurderingsgjenstanden er ulik ved tildelingsvurderingen og kvalifikasjonsvurderingen. Vilkaåret kan ses i sammenheng med det generelle kravet til forutberegnelighet i loa. §



5(3), som sier at det klart skal framgå hva som vil bli vurdert og vektlagt. Det andre formelle vilkåret som KOFA oppstiller går lenger enn dette generelle kravet ved at det angir et uttrykkelig krav til innholdet i formuleringen av kriteriene.

Et eksempel fra KOFA-sak 2010/10 kan brukes som illustrasjon på hvilke krav KOFAs andre formelle vilkår stiller:

I denne saken var følgende kvalifikasjonskrav fastsatt: ”Det kreves god gjennomføringsevne. Dokumentasjonskrav: CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget legges ved tilbudet.” Tildelingen skulle skje til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og dette skulle vurderes på grunnlag av blant annet følgende kriterium: ”Kvalitet, herunder: Faglige og pedagogiske kvalifikasjon på tilbudte instruktører, dokumentert gjennom vedlagt CV, eventuelle intervjuer og referanser”.<sup>62</sup>

Spørsmålet som vurderes i henhold til det andre formelle vilkåret, er om det er tilstrekkelig presisert at vurderingsgjenstanden er forskjellig under kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen. Av konkurransegrunnlaget i saken følger det at nøkkelpersonenes CV skal inngå i både kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen. Det framgår ikke at det er forskjellige deler av CVene som skal vurderes på hvert stadium. Ordlyden må forstås slik at CVene i sin helhet skal vurderes under begge stadiene. Følgelig har ikke oppdragsgiveren tydeliggjort at det er en forskjell på vurderingene som foretas under kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen. Dette er konklusjonen nemnda kommer til i saken. Nemnda påpeker at selv om den faktiske vurderingen av CVene har vært forskjellig, så vil ikke vilkåret være oppfylt dersom forskjellen ikke framgår tydelig nok av konkurransegrunnlaget.<sup>63</sup>

I en rekke av KOFAs avgjørelser har det blitt lagt til grunn at disse to formelle vilkårene gjelder, bl.a. avgjørelsene 2008/120, 2009/88, 2010/10, 2010/27 og 2010/108. Det anses derfor som sikkert i henhold til KOFAs praksis at disse to vilkårene må

---

<sup>62</sup> Jf. KOFA-sak 2010/10 avsnitt 3-4.

<sup>63</sup> Jf. KOFA-sak 2010/10 avsnitt 18-23.

oppfylles, dersom Lianakis-dommen tolkes innskrenkende og tilbudt kompetanse eller prestasjonssikkerhet anvendes som tildelingskriterier.

Konsekvensen av disse to formelle vilkårene er at oppdragsgiveren ved åpningen av konkurransen må velge hvor kriteriet skal vurderes, dersom kriteriet oppfyller de materielle vilkårene for å kunne anvendes som både et kvalifikasjons- og tildelingskriterium. Ettersom den tilbudte kompetansen kan anvendes under begge stadiene ved kjøp av kompetansetjenester, er det dermed nødvendig at oppdragsgiveren velger om den tilbudte kompetansen skal vurderes under kvalifikasjons- eller tildelingsvurderingen. Det samme gjelder for kriteriet prestasjonssikkerhet.

At KOFA har åpnet for en innskrenkende tolkning av Lianakis-dommen, kan ha negative konsekvenser for ivaretagelsen av visse hensyn. Som det tidligere har blitt redegjort for, er reglene som følger av dommen egnet til å skape økt konkurranse og bedre rettssikkerhet. En innskrenkende tolkning av avgjørelsen, vil som jeg her skal redegjøre for, kunne føre til at disse hensynene ivaretas i mindre grad. De formelle vilkårene som KOFA har oppstilt, bidrar til at de mulige negative virkningene i en viss utstrekning vil kunne begrenses.

Hensynet til aktørenes rettssikkerhet vil kunne ivaretas bedre med de to formelle vilkårene som KOFA har oppstilt, enn om disse ikke hadde eksistert. Vilårene krever at det er en faktisk forskjell i vurderingene, og at denne forskjellen tydeliggjøres. KOFA's praksis viser at vilårene praktiseres strengt. Vilårene nødvendiggjør at konkurransegrunnlaget utformes på en klar måte, noe som antas å øke forutberegneligheten for aktørenes. Videre medfører vilårene at det vil kunne bli vanskeligere for oppdragsgiver å vektlegge utenforliggende hensyn ved tildelingen. Dersom det ikke hadde vært oppstilt formelle vilår, ville dette lett kunne ført til både bevisst og ubevisst sammenblanding og dobbeltbehandling av vurderingskriteriene i de tilfellene der kompetanse vurderes både under kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen. De formelle vilårene har derfor sannsynligvis en positiv effekt på rettssikkerheten.

Selv om de formelle vilkårene bidrar til økt rettssikkerhet ved innskrenkende tolkning, antar jeg at konsekvensen av KOFAs innskrenkende tolkning kan være at rettssikkerheten blir dårligere ivaretatt enn hvis Lianakis-dommen hadde blitt lagt til grunn etter sin ordlyd. Det skyldes blant annet at det for å vurdere kriteriet *tilbudt kompetanse*, til en viss grad er nødvendig å foreta en skjønnsmessig vurdering. Det skjønnsmessige elementet i vurderingen åpner for at utenforliggende hensyn vektlegges. Selv om tydelighetskravet krever at oppdragsgiver klart angir hva som vektlegges i tildelingsvurderingen, så utelukker ikke dette helt muligheten for å vektlegge hensyn som ikke er tillatt ved at dette kamufleres i en skjønnsmessig vurdering av den tilbudte kompetansen. Motsetningsvis ville denne muligheten sannsynligvis være betydelig mindre etter Lianakis-dommen, ettersom tildelingsvurderingen etter reglene her skal baseres på kriterier som stort sett er av objektiv karakter.

Videre kan adgangen til å tolke Lianakis-dommen innskrenkende ha negativ virkning på konkurransen. Dette skyldes at den innskrenkende tolkningen åpner for at tildelingen baseres på kriterier som normalt innehas i større grad av etablerte aktører i markedet sammenlignet med nye aktører. Derfor kan det antas at KOFAs praksis vil kunne medføre at flere kontrakter tildeles etablerte aktører på markedet enn om Lianakis-dommen ble lagt til grunn etter sin ordlyd. Adgangen til innskrenkende tolkning er i denne relasjonen et eksempel på at hensynet til oppdragsgivers økonomiske interesser i visse tilfeller vil kunne vektlegges tyngre enn hensynet til nye leverandørers adgang til markedet.

Ved å oppstille formelle vilkår i tillegg til de materielle, gjør KOFA det mulig på den ene siden å vektlegge hensynene som Lianakis-dommen skal ivareta, og på den andre siden behovet for å kunne vurdere kompetansekriterier under tildelingsvurderingen i visse tilfeller. Løsningen som KOFA har valgt vedrørende tolkning av Lianakis-dommen, kan derfor ses på som en kompromissløsning hvor de ulike hensynene er avveid mot hverandre og tatt hensyn til i den utstrekning det lar seg gjøre.

## 6 Litteraturliste

### 6.1 Lover og forarbeider

- 1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. av 27. november nr. 109 (EØS-loven).
- 1992 Lov om offentlige anskaffelser m.v. av 27. november nr. 116 (opphevet).
- 1999 Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli nr. 69 (loa.).

NOU 2010:2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser.

### 6.2 Forskrift

- 2001 Forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni nr. 616 (opphevet).
- 2002 Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr. 1288 (KOFA-forskriften).
- 2006 Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april nr. 402 (foa.).

### 6.3 EU-direktiver

Direktiv 71/305/EF                      Rådets direktiv af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Direktiv 92/50/EF                      Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler.

Direktiv 2004/17/EF                      Europa- Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester.

Direktiv 2004/18/EF                      Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige

vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter

## 6.4 Domsregister

### Norske domstoler

Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I)

Rt. 2007 s. 1783

Stavanger Tingrett TSTAV-2010-52519

### EU-domstolen

Sag 31/87 Gebroeders Beentjes BV mod den Nederlandske Stat.

Saml. 1988 s. 4635 (*Bentjees-dommen*).

Sag C-324/93 The Queen mod Secretary of State for Home Department, ex parte Evans Medical Ltd og Macfarlan Smith Ltd.

Saml. 1995 s. I-00563 (*Evans Medical-dommen*).

Sag C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab, tidligere Stagecoach Finland Oy Ab mod Helsingin kaupunki og HKL-Bussiliikenne.

Saml. 2002 s. I-07213.

Sag C-532/06 Emm. G. Lianakis AE m.fl. mod Dimos Alexandroupolis m.fl.

Saml. 2008 s. I-00251 (*Lianakis-dommen*).

Sag C-199/07 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Helleniske Republik.

Saml. 2009 s. I-10669.

## 6.5 Avgjørelser

KOFA 2003/59

KOFA 2005/292

KOFA 2007/48

KOFA 2008/120

KOFA 2009/88

KOFA 2009/98

KOFA 2009/175

KOFA 2010/10

KOFA 2010/27

KOFA 2010/108

## 6.6 Bøker/artikler

*EØS-rett*. Frederik Sejersted ... [et al.]. 2. utg. Oslo, 2004.

Goller, Morten. *Avvisningsregler, kvalifikasjonskrav, utvelgelseskriterier, kontraktsgjennomføringskrav og tildelingskriterier*. I: På rett grunn: festskrift til Norsk forening for bygge- og entrepriserett. Oslo, 2010, s. 64-84.